

O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Processo Civil – PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

O estágio atual do estudo da tutela jurisdicional coletiva, embora ainda possa ser considerado incipiente, já revela indiscutíveis progressos científicos, surgindo tentativas de sistematização do denominado *processo coletivo*¹ ou *processo civil de interesse público*², além de diversos outros estudos específicos acerca da tutela coletiva dos direitos.

Ao concluir um de seus pioneiros textos sobre o tema da tutela jurisdicional coletiva, José Carlos Barbosa Moreira já notava a ausência de estudos sistemáticos acerca da tutela coletiva e apontava a necessidade de uma maior preocupação teórica com o processo coletivo, ao afirmar que nessa matéria “o legislador se antecipou às preocupações científicas”³.

Certamente o interesse teórico com a denominada tutela jurisdicional coletiva e com seus temas conexos assumiu especi-

¹ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. O Instituto Brasileiro de Direito Processual está debatendo o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos apresentado por sua Presidente, a professora Ada Pellegrini Grinover.

² Cf. SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003.

³ Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 220.

al relevo no Brasil após a edição da denominada Lei da Ação Civil Pública. No entanto, nem sempre a produção científica - e jurisprudencial, acrescente-se - acompanhou qualitativamente as inovações normativas, ora havendo resistência em modificar conceitos próprios do processo individual ou clássico, ora com a tentativa de limitar indevidamente o alcance de institutos que certamente auxiliariam o escopo do amplo acesso à justiça.

O contínuo avanço científico na seara da tutela coletiva é especialmente necessário em tempos em que começam a ser ouvidas vozes que identificam o uso das ações coletivas com abusos processuais e em que se nota um amesquinamento jurisprudencial do alcance dos institutos, além de se tornar cada vez mais presente uma produção normativa que procura limitar o alcance das ações coletivas⁴.

Estamos em um momento histórico em que não é exagerado afirmar que, caso não haja sérias reflexões acerca da tutela jurisdicional coletiva, boa parcela dos avanços conquistados até o momento sofrerá retrocesso legislativo, jurisprudencial e científico, acabando por confinar tão importantes institutos a reduzido espaço.

Se observarmos bem, hoje a situação se inverteu e o legislador e a jurisprudência estão se antecipando às preocupações e avanços científicos, mas nem sempre com o objetivo de apresentar soluções úteis e eficazes para a realização dos direitos transindividuais, mas, sim, para provocar um indesejável retrocesso, subvertendo a lógica da afirmação de Barbosa Moreira, citada no início deste item.

⁴ Sobre o argumento do abuso ou da patologia das ações coletivas: TUCCI, Rogério Lauria. "Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Judiciário", *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 18, julho-agosto de 2002, p. 05/31 e WALD, Arnoldo. "A recente evolução da Ação Civil Pública . Usos e abusos. Análise de sua Patologia". *Nota de atualização ao livro de Hely Lopes Meirelles sobre Mandado de Segurança ...*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 189/214 (sobre o argumento do abuso faremos posterior análise). Sobre a reação ao amesquinamento das ações coletivas: GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Ação Civil Pública refém do autoritarismo", *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo: RT e BUENO, Cassio Scarpinella. "Réquiem para a ação civil pública". *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. César Augusto de Castro Fiúza e outros (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Mencione-se ainda um interessante estudo acerca das limitações impostas às ações coletivas como estratégia de poder do Executivo: SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, especialmente p. 200/214.

2. A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA⁵

A partir da edição da Lei da Ação Civil Pública a tutela jurisdicional coletiva assumiu novos contornos, adequando nosso ordenamento à “vocação coletiva do processo contemporâneo”⁶ e iniciando-se uma espécie de *consciência processual coletiva*, que foi incrementada pela promulga  o da Constitui  o. Mauro Cappelletti, em texto cl  ssico⁷⁻⁸, observou que o estudo do processo sofreu uma metamorfose exatamente em razão dos conflitos de massa ou transindividuais.

Na evolu  o do estudo dos direitos transindividuais, merece realce a distin  o identificada por Barbosa Moreira acerca da essencialidade ou accidentalidade do tratamento coletivo de determinados interesses ou direitos⁹.   importante mencionar essa nota evolutiva para esclarecer o objeto do processo coletivo e também

⁵ Essa denomina  o será utilizada para designar a sistemática do processo coletivo, independentemente de se tratar de a  o civil pública ou a  o coletiva, até porque não distinguimos as espécies pelo nome. Desse modo, está englobada no título a defesa em juízo de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdiccional Coletiva*. 3  ed. São Paulo: Atlas, 2001, *passim*. Também usaremos a expressão *processo coletivo* para o mesmo fim. Confirma-se, a propósito, o denso estudo realizado por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Processo Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*. No direito comparado, vale conferir: ESTAGNAN, Joaquin Silguero. *La tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a traves de la Legitimacion de los Grupos*. Madri: Dykinson, 1995 e CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de. *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Navarra: Aranzadi, 1999.

⁶ ARRUDA ALVIM, *Tratado de Direito Processual Civil*, V. 2. São Paulo: RT, 1996, p. 103.

⁷ “Forma  es Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil”, *Revista de Processo*, n   5. São Paulo: RT. trad. Nelson Palaia. Merece ser transcrita a seguinte passagem: “Não   necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos utilizar a ambiciosa palavra: civiliza  o!) na qual vivemos   uma sociedade ou civiliza  o de produ  o em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflituosidade (em matéria de trabalho, de rela  es entre classes sociais, entre raças, religiões etc). Daí deriva que também as situa  es de vida, que o Direito deve regular, são tomadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdiccional – ‘a Justiça’ – será invocada não mais somente contra viola  es de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra viola  es de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘viola  es de massa’ (...). Os riscos de tais lesões, que afetam simultaneamente numerosas pessoas ou categorias inteiras de pessoas, constituem sempre um fen  meno sempre muito vasto e freqüente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situa  o imprópria para obter a tutela jurisdiccional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com o ressarcimento eventualmente obt  vel” (p. 130).

⁸ Aproximadamente nessa mesma época, Barbosa Moreira demonstrava sua preocupa  o com o tema e procurava chamar a aten  o para o único meio próprio para a tutela de interesses transindividuais existente em nosso ordenamento na ocasião (A a  o popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1977).

⁹ “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de Direito Processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

para demonstrar que esses direitos não passaram a existir após previsões legislativas, mas, como qualquer direito, já eram perceptíveis como fato social, apenas desamparados instrumentalmente pelo processo clássico.¹⁰ Como afirmou Barbosa Moreira, *“não basta reconhecer em teoria a relevância jurídica desses valores: como quaisquer outros, eles só se tornam verdadeiramente operativos na medida em que existam meios próprios e eficazes de vindicá-los em juízo”*.¹¹

A fim de oferecer um instrumental adequado para esse novo tipo de direitos, foram editadas diversas normas, com especial destaque para a conformação constitucional da tutela coletiva e para a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, em conjunto, constituem um regramento comum a todo processo coletivo. Em uma espécie de histórico recente da tutela coletiva, podemos mencionar a edição dos seguintes diplomas legislativos: Lei da Ação Popular; Lei ambiental nº 6.938/81; Lei da Ação Civil Pública, que, também anterior à edição da Constituição de 1988, recebeu incremento após o novo texto constitucional; Lei dos portadores de deficiência física (nº 7.853/89); Lei 7.913/89; Estatuto da Criança e do Adolescente; Código de Defesa do Consumidor; Lei de Improbidade Administrativa; Lei 8.884/94; Leis federais¹² do Ministério Público (Lei 8.625/93 e Lei Complementar 75/93); Lei de Responsabilidade Fiscal; Estatuto da Cidade e Estatuto do Idoso.

A experiência brasileira influencia outros países, não sendo exagero afirmar que nosso aparato legislativo é satisfatório, bastando assinalar que o recente Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, formulado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual originou-se de uma comissão for-

¹⁰ Essa noção é fundamental para rebater os argumentos daqueles que pretendem confinar os direitos individuais homogêneos apenas nas relações consumeristas, como veremos no item próprio.

¹¹ “A proteção jurídica dos interesses coletivos”. *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 176.

¹² Os Ministérios Públicos estaduais possuem suas leis institucionais próprias, que também tratam da tutela coletiva, a partir do balizamento fornecido pela Constituição e pela legislação federal.

mada por juristas brasileiros.¹³ Antonio Gidi chega a afirmar que *“a Europa não pode ser ponto de referência para o Brasil em termos de processo coletivo. Ao contrário, somos nós, brasileiros, que devemos dar essa lição para todo o mundo da civil law. Ao menos na área de direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeus”*¹⁴

3. O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Importa estabelecer que as diversas leis que tratam da proteção de interesses ou direitos metaindividuais em juízo formam, juntamente com a as disposições constitucionais, um sistema integrado que pode ser denominado de *processo coletivo* ou *tutela jurisdicional coletiva*. Dentro desse sistema, como vetores de princípios básicos, estão a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que se complementam e se interagem recíproca e integralmente. Na certa observação de Arruda Alvim, há uma verdadeira *fungibilidade recíproca*¹⁵ entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, salvo no que forem incompatíveis.

Essa idéia de sistema integrado da tutela jurisdicional coletiva e a noção de que esses interesses ou direitos supra-individuais não foram “inventados” pelo legislador são requisitos fundamentais para o desenvolvimento dos demais itens, inclusive para o seguinte, em que procuraremos delinear as características dos direitos individuais homogêneos.

4. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS: OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Apesar de a doutrina haver identificado direitos que não correspondiam à clássica estrutura individual e que, pela própria

¹³ Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. “O anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos e a legislação brasileira”. *Revista de Processo*, nº 117. São Paulo: RT, setembro/outubro de 2004. Sobre o anteprojeto, foi publicada uma importante obra coletiva: *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, coordenada por GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. México, DF: Porrúa, 2003. Dos trinta e nove trabalhos, vinte e três são de autores brasileiros. Confira-se também a inegável influência na doutrina e jurisprudência de Portugal acerca da ação popular: SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

¹⁴ “A *Class Action* como Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada.” Tese de doutorado. PUC/SP, 2003, p. 152.

¹⁵ “Ação Civil Pública”, *Revista de Processo*, nº 87. São Paulo: RT, p. 156.

natureza, deveriam ser tratados coletivamente, seja pela intrínseca indivisibilidade, seja pela dimensão social adquirida, não havia uma uniformidade na nomenclatura, havendo certa promiscuidade entre os termos *difusos* ou *coletivos* e uma confusão conceitual, motivo pelo qual se dizia que “*uma das poucas óbvias no que tange ao conceito de interesse difuso é que se trata de um personagem absolutamente misterioso*”¹⁶.

Diante da indefinição conceitual, mas da certeza da existência de direitos que seriam *essencialmente* coletivos e outros que o seriam apenas *acidentalmente*, o legislador infraconstitucional houve por bem definir as diversas categorias existentes (art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor)¹⁷ -¹⁸.

Na conceituação dos interesses ou direitos difusos, optou-se pelo critério subjetivo da indeterminação dos titulares e da inexistência de relação jurídica base entre eles e, no aspecto subjetivo, pela indivisibilidade do objeto. Note-se que nessa categoria não há referibilidade a qualquer grupo organizado, nem se faz presente uma relação jurídica necessária entre os titulares. Não existe uma afetação institucional desses direitos, que apresentam maior grau de fluidez. Existe pura e simplesmente uma *comunhão de destino* entre os titulares do direito.

Já os direitos coletivos, segundo a definição do Código de Defesa do Consumidor, apresentam uma relação jurídica base

¹⁶ *Apud*, BARBOSA MOREIRA, “A ação popular...”, cit., p. 113, atribuindo tal frase a Villone. Nelson Nery Junior, entretanto, informa que o direito romano já conhecia a categoria dos direitos difusos, que eram tutelados pelas *actiones populares* e cita um trecho da obra clássica de Vittorio Scialoja sobre o processo civil romano, editada em 1936, em que se conceituavam os direitos difusos como sendo aqueles que têm como próprio titular cada um dos participantes da comunidade (A ação civil pública no processo do trabalho. Ação Civil Pública – 15 anos. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 557 e nota 3).

¹⁷ Cf., WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 792.

¹⁸ Antonio Gidi criticou essa opção legislativa pela definição de três espécies de direitos transindividuais nos seguintes termos: “se no futuro, em face da evolução das relações sociais, aparecer uma quarta situação onde a tutela coletiva seja desejável, não haverá qualquer dispositivo legal que a autorize. Teria sido mais adequado que o legislador brasileiro tivesse condicionado a possibilidade da tutela coletiva apenas à existência de questão comum de fato ou de direito entre um grupo de pessoas. A extinção das três espécies de ação coletiva será uma significativa evolução no direito brasileiro, principalmente porque o tratamento diferenciado imposto pelo legislador brasileiro ao procedimento das três espécies de ações coletivas é injustificável” (A Class...cit., p. 74/75). Observe-se que, no mencionado anteprojeto de código de processo coletivo iberoamericano foi adotada a mesma classificação da legislação brasileira, apenas com a subsunção dos coletivos aos difusos (art. 1º, I e II). Cf. GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. México, DF: Porrúa, 2003.

preexistente à lesão ou ameaça de lesão dos direitos do grupo, categoria ou classe de pessoas. Aqui encontramos, portanto, a determinabilidade dos titulares do direito, embora continue presente a nota da indivisibilidade do objeto.

Na realidade, segundo Kazuo Watanabe, para a correta distinção entre os direitos difusos e coletivos, é fundamental a correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir)¹⁹⁻²⁰, já que de um mesmo fato pode surgir mais de uma pretensão²¹.

No que se refere ao tratamento coletivo de direitos individuais, devem estar presentes os requisitos da homogeneidade e da origem comum²². A origem comum pode ser de fato ou de direito, não havendo necessidade de uma unidade factual e temporal. A homogeneidade necessária é entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais dos titulares atuem uniformemente, de modo a prevalecer a dimensão coletiva à individual. Note-se que nos direitos individuais homogêneos poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior, havendo um vínculo com a parte contrária decorrente da própria lesão ao direito. Como esclarece Kazuo Watanabe, *“essa relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos difusos ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas”*²³. Tal determinabilidade se traduz em determinação efetiva no momento do exercício do direito, seja por meio de ação individual, seja por meio de habilitação na liquidação de sentença prolatada em ação coletiva.

¹⁹ Ob. cit. p. 811/813.

²⁰ Cf., ainda, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus Aspectos Polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim* (referindo-se a uma *causa de pedir modelo* na p. 33).

²¹ José Roberto dos Santos Bedaque não concorda com esse critério de diferenciação, por entender que se trata de uma visão *“extremamente processualista”* e que é o tipo de direito que determina a espécie de tutela (*Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 34/35). Pedro Lenza demonstra corretamente que o posicionamento de Bedaque não é antagônico ao critério ora adotado e pode perfeitamente ser com ele compatibilizado (*Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 92/93).

²² WATANABE. Ob. cit., p. 806/807.

²³ Ob. cit. p. 804.

O que deve ser remarcado é que os direitos individuais homogêneos são essencialmente individuais²⁴, sendo coletivos apenas na forma como são tutelados, motivo pelo qual podem ser designados como *acidentalmente* coletivos.

Além de outras vantagens²⁵, parece-nos que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos incrementa o acesso à justiça, possibilitando que se levem a juízo causas que individualmente não seriam buscadas, em razão de fatores econômicos, sociais, psicológicos²⁶ e culturais.

Antonio Gidi afirma que o acesso à justiça é um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e, ilustrando sua assertiva, informa que foi observado nos Estados Unidos que, se em determinado fato lesivo envolvendo quarenta milhões de membros do grupo lesado, apenas dez por cento resolvessem ir pessoalmente a juízo, ainda que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos casos fossem decididos²⁷, o que demonstra que o processo coletivo enseja economia processual e possibilita maior acesso à justiça.²⁸

A natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos é a de um direito subjetivo "individual complexo"²⁹, porque, ao mesmo

²⁴ O Código Modelo para a Ibero-América é mais explícito sobre a natureza dos direitos individuais homogêneos e os conceitua como sendo "o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe" (art. 1º, II).

²⁵ Segundo Ricardo de Barros Leonel, o tratamento coletivo de direitos individuais homogêneos apresenta como vantagens a *"prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da 'atomização' de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais"* (Manual do processo Coletivo, São Paulo: RT, 2002, p. 110).

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 87.

²⁷ *A Class. cit.*, p. 26.

²⁸ Como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *"a proteção de direitos individuais homogêneos através da ação civil pública foi um importante passo para garantir o princípio da acessibilidade especificamente no plano individual, permitindo a defesa de um grande número de pessoas lesadas (que possivelmente não procurariam a justiça) e assegurando um adequado desempenho processual [...]"*. (Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117/118).

²⁹ Inclusive, para evitar o "preconceito ou a aversão ao termo 'individuais'", responsável por alguns equívocos no tratamento do tema, Márcio Flávio Mafra Leal defende em sua obra a substituição da denominação direitos individuais homogêneos para "coletivos divisíveis ou equivalente". (*Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 198, nota 440).

tempo em que diz respeito às necessidades de uma única pessoa, essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer sua relevância social. De se notar, portanto, que o direito individual homogêneo é, por sua natureza, individual e, na maioria dos casos, é patrimonial, merecendo tratamento coletivo em razão de sua extensão social.³⁰ Em razão de seu impacto social - "impacto de massa" - os direitos individuais homogêneos assumem dimensão coletiva e recebem tutela processual diferenciada. Ou seja: seu caráter individual é superado e só voltará assumir relevância na fase de liquidação da condenação genérica.³¹

É evidente que isso não significa que as situações de direito material não sejam levadas em consideração. Apenas queremos alertar que as situações individuais são tratadas coletivamente e, por isso, são desprezadas durante a fase de conhecimento. Se assim não fosse, estaríamos diante de litisconsórcio multitudinário e não de uma legítima ação coletiva³².

Outro ponto conceitual importante é que não há necessidade de que haja um número extenso ou indeterminado dos direitos individuais homogêneos para que se ajuíze uma ação coletiva³³. Nesse sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro salienta que um "fato

³⁰ PINHO, Humberto Dalla. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como Forma de Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33 e 37/38.

³¹ Exatamente por isso, não possui o Ministério Público legitimidade para executar reparações individualizadas. Afinal, "após a expedição da condenação genérica, cessa o 'acidente' da coletivização do direito individual homogêneo, incumbindo a cada indivíduo liquidar os danos sofridos em sua esfera patrimonial" (cf. VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132, nota 34). Note-se que também na fase de execução pode haver legitimidade do Ministério Público, mesmo em se tratando de direitos individuais homogêneos, desde que seja para o que se denominou de "reparação fluida" (art. 100, CDC), ocasião em que se estará diante de uma execução coletiva (cf. VENTURI, ob. cit. p. 153/158).

³² O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América elenca como requisitos da ação coletiva, além da representatividade adequada, "a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas" (art. 2º, I), sendo que, para a defesa dos direitos individuais homogêneos, além de ambos os requisitos, "é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto" (art. 2º, § 1º). A utilidade da tutela coletiva sobre a tutela individual foi estudada por Ada Pellegrini Grinover: "Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade". *Ação Civil Pública – 15 anos*. Edis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2001, pp. 19/39.

³³ Contra: Marcelo Abelha, que entende que não pode haver identificação prévia das pessoas tuteladas, de modo que a sentença será genérica não só em razão do *quantum* mas também pela incerteza de quantas pessoas serão beneficiadas (*Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 44, nota 22, e 47).

pode adquirir dimensão social independente da existência de um grande número de pessoas” e que, por passar a ser um interesse comum a uma determinada coletividade, assume um caráter de interesse público a resolução da questão por meio de uma ação coletiva.³⁴

5. A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS³⁵

Considerada como um dos ‘pontos sensíveis’³⁶ da temática da tutela jurisdicional coletiva, a legitimação para agir sempre despertou controvérsias doutrinárias³⁷, havendo consenso apenas quanto ao fato de que não seria possível atribuir tal legitimação, em conjunto, à totalidade dos co-titulares e de que a substituição processual do art. 6º do CPC também se apresentava de modo insuficiente.³⁸

Dentre as várias possibilidades de que dispunha, o legislador brasileiro optou por conferir legitimação a entes públicos e privados³⁹, sendo que essa legitimação pode ser considerada como *concorrente, disjuntiva e exclusiva*.⁴⁰

³⁴ Ob. cit. p. 203, incluindo a nota nº 10.

³⁵ Para este trabalho importa o exame apenas da legitimidade ativa. A legitimidade coletiva passiva, portanto, em que pese a polêmica sobre sua admissibilidade, não será examinada. Sobre o tema, vale conferir o trabalho de Fredie Didier Jr. ‘O Juízo de Admissibilidade do Processo: os Pressupostos Processuais e as Condições da Ação’. Tese de doutorado. PUC/SP, 2005, p. 228/234; sobre o processo coletivo passivo: DINAMARCO, Pedro. “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 132-141.

³⁶ BARBOSA MOREIRA. “A ação popular...”, cit., p. 117.

³⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984. Confira-se, ainda, o clássico estudo de Vincenzo Vigoriti sobre o tema: *Interessi Collettivi e Processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, *passim*.

³⁸ Como observou Arruda Alvim, “o art. 6º, entendido como regra geral, veio, pela evolução social, e, cada vez mais acentuadamente, a se constituir em fator de emperramento do sistema jurídico, diante da crescente insatisfação de situações difusas que, por causa dessa regra, encontravam um ‘gargalo’ obstador de solução”. *Tratado...*, cit., p. 55.

³⁹ O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, em seu art. 3º, I, incluiu o cidadão entre os legitimados ativos.

⁴⁰ Diz-se concorrente porque a legitimidade de uma entidade ou órgão não exclui a do outro, sendo todos simultânea e independentemente legitimados para agir; é disjuntiva por não ser complexa, ou seja, qualquer legitimado poderá ajuizar a ação independentemente de formação de litisconsórcio ou autorização dos co-legitimados; a exclusividade significa que somente aqueles taxativamente legitimados podem propor ação coletiva, isto é, há um rol taxativo de legitimados. Cf. GIDI, Antonio. “Legitimidade para agir em ações coletivas”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14. São Paulo: RT, p. 54/55.

Vem sendo encarecida pela doutrina a presença da nota da *representatividade adequada*⁴¹ para aferir a legitimidade para a ação coletiva.⁴² Em um plano ideal, realmente esse sentido da representatividade adequada deve ser buscado, mas peculiaridades jurídicas e culturais brasileiras, como o não paralelismo estreito com a *class action* norte-americana⁴³ e a falta de organização da sociedade civil, indicam que o ponto de partida é mesmo o atual sistema, com preponderância fática de entes públicos – Ministério Público à frente – como autores das ações coletivas por excelência⁴⁴.

Nosso sistema, entretanto, não é incompatível com a necessidade de se controlar o uso equivocado ou com má-fé das ações coletivas e, com esse propósito, a aferição de uma “representação adequada” se mostra importante para coibir desvios. Mesmo os entes públicos devem ser controlados, já que não pode ser descartado que a ação coletiva seja utilizada contrariamente aos interesses da comunidade lesada. Um exemplo: a Constituição e o Estatuto do Idoso autorizam que os idosos tenham acesso gratuito ao transporte coletivo urbano, bastando que seja comprovada a idade. As empresas de ônibus urbanos da cidade do Rio de Janeiro resolveram impor

⁴¹ O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América adotou como requisito da ação coletiva a representação adequada (art. 2º, I, e par. 2º), dispondo que “na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” Combinando-se o disposto nos parágrafos terceiro e quarto do art. terceiro do referido anteprojeto, o Ministério Público é um representante adequado por natureza, não havendo que perquirir sua adequação no caso concreto. Trata-se, pois, de uma representatividade adequada *in re ipsa*.

⁴² GIDI, Antonio. “A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta”. *Revista de Processo*, nº 108. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 2002.

⁴³ Como informa Antonio Gidi em sua tese de doutorado, a representação adequada decorre do devido processo legal e é o requisito mais importante das ações coletivas norte-americanas, tanto assim que pode ser examinada pelo juiz em outra ação e de maneira retrospectiva (*A Class...cit.*, p. 113/116). Deve ser anotado que boa parcela da importância da representação adequada decorre de que, nos Estados Unidos, os processos são uma espécie de investimentos para os escritórios de advocacia. Nas palavras de Antonio Gidi, “o advogado do grupo é o verdadeiro *dominus litis*. Como o advogado do grupo tem a expectativa de receber um alto valor em dinheiro a título de honorários como remuneração pelos seus serviços, ele vê a ação coletiva como um empreendimento, um investimento pessoal” (idem, p. 121).

⁴⁴ Sobre as diversas modalidades de legitimação, inclusive sobre a preponderância de entes estatais, e a necessidade de efetivação de direitos, confira-se o trabalho de Carlos Alberto de Salles: “Políticas públicas e a legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos”. *Revista de Processo*, nº 121. São Paulo: RT, março de 2005.

aos idosos um prévio cadastro para que pudessem usufruir do benefício e negam o acesso aos coletivos a quem não estiver cadastrado, sendo que tal cadastro foi suspenso pelas próprias empresas. Afora a bizarrice da suspensão do cadastro e da manutenção da exigência de um cartão que simplesmente não era emitido sem o prévio cadastro, o certo é que a exigência de um cartão especial (denominado de "rio card") adquirido a partir desse mesmo cadastro é claramente inconstitucional. Mesmo assim, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação coletiva visando a regulamentar a expedição do cartão para o acesso aos coletivos e a determinar o imediato reinício do cadastramento. Ou seja: ao invés de combater o comportamento abusivo das empresas, o Estado, na condição de legitimado ativo, utilizou uma ação coletiva para coonestar a prática das empresas, referendando, por via oblíqua, a lesão aos direitos dos idosos. Essa passagem ilustra um uso desvirtuado da ação coletiva e que realmente merece ser objeto de séria reflexão.

O que vem sendo exigido pela jurisprudência é um nexo temático entre o legitimado e a matéria tutelada ("pertinência temática"⁴⁵⁻⁴⁶), como forma de, ao menos, especificar a legitimidade no caso concreto.

Outro ponto a ser destacado é o da natureza da legitimidade das ações coletivas, havendo intenso debate doutrinário se se trata-

⁴⁵ No sentido da pertinência temática como integrante da representatividade adequada e como componente da legitimidade das ações coletivas, vale conferir o recente trabalho de Fredie Didier Jr.: "O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 25. São Paulo: Dialética, abril de 2005. O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, considera a pertinência temática como requisito de legitimidade para ações diretas de inconstitucionalidade: "*Ação direta de inconstitucionalidade: idoneidade do objeto: decreto não regulamentar. Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - e o decreto questionado, que fixa limites à remuneração dos empregados das empresas estatais de determinado Estado, entre os quais é notório haver industriários.*" (ADI 1282 QO/SP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ DATA-29-11-2002, p. 00017).

⁴⁶ O Estatuto do Idoso, sem justificativa razoável, parece haver dispensado a pertinência temática em relação à Ordem dos Advogados do Brasil (art. 81, III). Outras particularidades injustificáveis acerca da legitimidade para agir no Estatuto do Idoso: 1) a exclusão de pessoas da administração indireta (o que mereceu o aplauso de Sérgio Ricardo Souza: "Ação civil pública e legitimidade no Estatuto do Idoso". *Direitos Metaindividuais*. Carlos Henrique Bezerra Leite. Coord. São Paulo: LTr, 2005, p. 203) e 2) a não previsão da possibilidade de dispensa da exigência de pré-constituição anual da associação.

ria de legitimação ordinária, extraordinária ou um terceiro gênero⁴⁷. Entendemos que esse debate é equivocado por pretender trabalhar com categorias do processo individual, já que não há necessidade de se buscar um paralelo necessário entre os institutos processuais. Estamos diante de um processo com suas peculiaridades próprias, dentre as quais avulta a questão da legitimidade. Uma nova realidade não tem que se prender a classificações antigas, que foram elaboradas diante de outra realidade.⁴⁸

Na tutela coletiva, a “substituição” dos titulares do direito é a regra, de modo que soa excêntrico tratar essa legitimidade como “extraordinária”⁴⁹. Como observa Arruda Alvim, *“se fosse possível dizer que a substituição processual era um caso de legitimidade extraordinária (...) já no processo coletivo, para o fim de atuar coletivamente, passou o instituto a ser a forma normal de atuação”*.⁵⁰

Entendemos que se trata de uma legitimação autônoma⁵¹, portanto, em qualquer hipótese de tutela coletiva. Essa ressalva é necessária em razão de ser opinião corrente de que a legitimação seria ordinária em se tratando de direitos difusos ou coletivos e seria extraordinária quando se relacionasse com direitos individuais ho-

⁴⁷ As diversas opiniões doutrinárias a respeito são bem descritas por NERY JUNIOR. “A ação civil pública no processo do trabalho”, cit., p. 567/572. Também se vê boa análise do tema no erudito estudo de Luciano Velasque Rocha, que, após afirmar que nos processos coletivos a legitimidade deve ser raciocinada a partir da noção de acesso à justiça e não da situação legitimante, conclui que a natureza da legitimidade do Ministério Público é a de “parte em razão do cargo” (“Ações Coletivas – o problema da legitimidade para agir”. Dissertação de mestrado. PUC/SP, 2003). No já mencionado estudo de Vincenzo Vigoriti, após ampla análise da questão, já se conclui no sentido de ser ordinária a legitimidade para ações coletivas (Ob. cit., p. 149/150).

⁴⁸ Vale transcrever o que disse Luiz Guilherme Marinoni sobre a classificação das sentenças e que pode perfeitamente ser aproveitado em defesa de nossa posição: “surgindo novas realidades e, por mera consequência, a necessidade de nova classificação, não há racionalidade em tentar enxertá-las nas velhas prateleiras da antiga, como se as realidades tivessem que se acomodar às classificações, e não o contrário. Pior do que isso: a tentativa de manter uma classificação – além de fundada em um desvio sobre a verdadeira função das classificações – é cientificamente perniciosa, pois acaba por apagar as distinções entre o antigo e o novo, especialmente os valores aí embutidos, podendo ser vista como uma armadilha conservadora” (“As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva”. Disponível em www.mundojuridico.adv.br - acesso em 25/01/05).

⁴⁹ A questão foi percebida por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “a concepção da legitimação em ações essencialmente coletivas como extraordinária suscita a questão básica de saber qual seria então a hipótese de legitimação ordinária, que, as mais das vezes, não é apontada, mas que deve existir, porque é óbvio que não se pode conceber a legitimação extraordinária sem antes definir qual seria a legitimação ordinária para as ações relativas aos interesses difusos e coletivos” (ob. cit. p. 93/94). No mesmo sentido, Marcelo Abelha (ob. cit. p. 59).

⁵⁰ “Notas atuais sobre a figura da substituição processual”, *Revista de Processo*, nº106. São Paulo: RT, p. 27.

⁵¹ Confira-se, ainda, a lição de NERY JR e NERY (ob. cit. p. 399).

mogêneos, em razão de estes últimos serem em essência individuais. Não podemos concordar com esse raciocínio. Como já exposto, os direitos individuais homogêneos possuem um caráter complexo por adquirirem uma dimensão social, de modo que a individualidade perde importância para fins de tutela coletiva, tanto assim que o pedido veiculado deve ser genérico⁵².

6. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

Podemos dizer, sem exagero, que o exercício da tutela coletiva pelo Ministério Público é hoje a face mais visível de sua disciplina constitucional, motivo pelo qual Barbosa Moreira considera que houve uma autêntica revitalização institucional⁵³, provocada pela edição da Lei da Ação Civil Pública e confirmada pela Constituição. Mauro Cappelletti, inclusive, que tem posicionamento sabidamente contrário à legitimação do Ministério Público em matéria de direitos transindividuais em razão do perfil da instituição na Itália⁵⁴, ao tomar conhecimento da situação brasileira, afirmou que as *“razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em consequência também o fato de que*

⁵² Cf. ARAÚJO FILHO. Ob. cit., p. 94.

⁵³ “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”. *Temas de Direito Processual*. Quinta série. SP: Saraiva, 1994, p. 166.

⁵⁴ Também Vincenzo Vigoriti se mostrou contrário à outorga de legitimidade ao MP para o ajuizamento de ações coletivas (*Interessi Collettivi e Processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 239/247). É interessante mencionar que o processualista Osvaldo A. Gozaini afirma que *“la doctrina rechaza ampliamente la posibilidad de que sea este organismo del Estado [o Ministério Público] quien asuma la defensa judicial de los derechos”* (*La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 336). Entretanto parece que o autor se refere apenas à realidade Argentina, já que nada menciona de direito comparado e, na única tentativa de ingressar nessa seara, utiliza equivocadamente um texto de Barbosa Moreira, sem, contudo, mencionar trabalhos posteriores do processualista brasileiro e muito menos mencionar as mudanças constitucionais e legislativas aqui ocorridas, especialmente no que se refere à disciplina constitucional do Ministério Público brasileiro. De todo modo, seus argumentos se resumem a uma eventual falta de organização institucional específica, ausência de especialização e de independência, o que, evidentemente, não se aplica à realidade brasileira, por mais que o referido autor tenha pretendido emprestar uma força axiomática à sua afirmação. Essas críticas à legitimidade do Ministério Público não encontram mais ressonância no Brasil, já que a experiência demonstrou o equívoco de tais idéias, tanto assim que Cappelletti fez ressalvas quanto à realidade brasileira. Mesmo assim, vale mencionar um trabalho de autoria de Paulo Salvador Frontini, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, que responde todas essas objeções: “Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos”, publicado originalmente na *Justitia*, v. 131, e também no livro editado pelo próprio Camargo Ferraz: *Ministério Público e Afirmação da Cidadania*. s/ed. São Paulo: 1997.

em algumas cidades do Brasil se criaram seções especializadas em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público. Fique bem claro, porém, que essas são as duas condições – independência e especialização – absolutamente indispensáveis ao êxito da solução aqui considerada”⁵⁵.

Ao lado desse incremento de atribuições, houve – e há – forte posicionamento que visa a limitar o amplo espectro de atuação do Ministério Público, especialmente no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, geralmente sob o argumento de que se pretende salvaguardar a sociedade da sanha abusiva de Promotores de Justiça e de que sua atuação em matéria de direitos individuais homogêneos é bastante restrita. A defesa dos direitos individuais homogêneos, pois, tornou-se campo próprio para a proliferação dessas idéias restritivas.

Antes de passarmos para uma fase descritiva e ao mesmo tempo analítica acerca da legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos, cabe mencionar uma nova objeção à atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais, que foi exposta por Adriano Perácio de Paula em recente trabalho.⁵⁶ Segundo este autor, atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só haver-lhe conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Falta ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado, que teria a exclusividade absoluta sobre o *jus postulandi*.

Esse posicionamento é flagrantemente equivocado, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento. Até mesmo quem se dedicou ao tema com um

⁵⁵ “O acesso dos consumidores à justiça”. *Revista de Processo*, nº 62. São Paulo: RT, p. 208.

⁵⁶ Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. *Improbidade Administrativa*. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.

enfoque restritivo à atuação do Ministério Público, nem sequer cogitou questionar sua capacidade postulatória para atuar como autor no processo civil⁵⁷. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁸, em parecer encomendado pela OAB, afirma expressamente que a capacidade postulatória *“é inerente à própria instituição. Pretender exigir-se que para a propositura da Ação Civil Pública o Ministério Público deve comparecer em juízo representado por um advogado é, data vênia, um exagero. Seria amesquinhá-lo. Seria reduzi-lo a um mero órgão administrativo do Estado (...)”*.

Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas no art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, e no art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação constitucional ao exercício da advocacia evidentemente não significa que o membro do Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva.

6.1. Panorama doutrinário

Iniciemos a exposição apresentando os argumentos que nos parecem mais restritivos⁵⁹.

⁵⁷ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. “O exercício do *ius postulandi* pelo advogado e pelo membro do Ministério Público no processo civil”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 64. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

⁵⁸ *Propositura*, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses particulares em ações civis públicas. *Revista de Processo*, nº 80, São Paulo:RT, outubro/dezembro de 1995, p. 174.

⁵⁹ Alguns dos mais importantes posicionamentos doutrinários mais restritivos encontram-se reunidos em obra coletiva coordenada por Arnoldo Wald. Nessa coletânea, não há nenhum autor com posicionamentos mais avançados sobre o tema, de modo que se trata de interessante obra uniformemente conservadora: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Miguel Reale⁶⁰ entende que os direitos e coletivos e individuais homogêneos como definidos no Código de Defesa do Consumidor são categorias inconstitucionais (*sic*), *“tendo sido indevidamente acrescidas à dos difusos e indisponíveis, os únicos que a Carta Magna expressamente contempla”*. Adilson Abreu Dallari⁶¹ também entende que a Constituição só autorizou o Ministério Público a defender direitos difusos e coletivos, sendo inconstitucional qualquer outro alargamento de sua “competência”. Do mesmo modo, Ives Gandra da Silva Martins⁶² entende haver incompatibilidade constitucional com a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público por meio de ação coletiva.

A constitucionalidade de sua defesa pelo Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. O acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só receberam a tutela adequada por meio da ação coletiva.

O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar. Até mesmo para evitar esse tipo de equívoco em que incidiu Miguel Reale é que há quem defenda a mudança do nome desses direitos, conforme já referido⁶³.

O rótulo dado pelo legislador não pode mudar a natureza das coisas, e haverá direitos acidentalmente coletivos independentemente da denominação legislativa. A novidade é que agora temos um sistema processual integrado que possibilita sua tutela efetiva.

⁶⁰ “Da ação civil pública”. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁶¹ “Limitações do Ministério Público na Ação Civil Pública”. *Improbidade Administrativa*. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶² “Ação Civil Pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da prefeitura de Taubaté”. *Revista de Processo*, nº 75. São Paulo: RT, julho/setembro de 1994.

⁶³ Trata-se da proposta de Mafra Leal.

É interessante notar que somente agora venha sendo questionada essa categoria de direitos, embora o legislador já trabalhe com ela há anos. Basta lembrar que a Lei 6.024/74 legitima o Ministério Público a ajuizar ações em hipóteses de liquidação extrajudicial, caso evidente de direitos individuais homogêneos⁶⁴, sem falar no disposto na Lei 7.913/89.

O certo é que *“caso não houvesse disciplina legal, da mesma forma, três seriam as modalidades de interesses transindividuais: os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos”*.⁶⁵ Não havia esse rótulo na época da edição da Constituição, mas podemos dizer que a proteção judicial dos direitos individuais homogêneos já estava prevista em seu texto por todas as razões expostas.

Ademais, uma outra razão para a não inclusão dos direitos individuais homogêneos no art. 129, III, da Constituição, está no fato de que nem todas as situações individuais alcançam dimensão a justificar a atuação do Ministério Público, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela própria natureza, têm afetação automática à coletividade e não apenas ao indivíduo. Na Constituição temos as diretrizes genéricas, havendo conformação legislativa posterior, que foi o que ocorreu com a disciplina dos direitos individuais homogêneos.

Rogério Lauria Tucci⁶⁶, embora não se refira expressamente à denominação *direitos individuais homogêneos*, acrescenta dois argumentos contrários à atuação do Ministério Público: a abusividade do ajuizamento de ações e o indevido exercício de funções próprias de advogados, eis que seriam tutelados direitos individuais⁶⁷.

Pedro da Silva Dinamarco⁶⁸, a seu turno, após afirmar que diversas ações coletivas são propostas indevidamente em razão do

⁶⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, “Liquidação extrajudicial. Pagamento integral dos credores. Efeitos”. *Direito Aplicado II (Pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.39.

⁶⁵ VIGLIAR. *Tutela Jurisdicional Coletiva*, cit., p. 67.

⁶⁶ “Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 18, julho/agosto de 2002.

⁶⁷ O interessante é que basicamente Lauria Tucci, para embasar seu raciocínio, cita autores que possuem essencialmente posição diversa da sua, como Kazuo Watanabe e Hugo Nigro Mazzilli.

⁶⁸ *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 210, 214, 215 e 218.

temor de o Promotor de Justiça ser punido administrativamente, conclui que está havendo um “inegável abuso” por parte do Ministério Público, o que acabaria por tornar ineficiente a tutela coletiva, afirmando, ainda, que é inconstitucional a defesa do erário⁶⁹. Em sua opinião, apenas quando o direito for simultaneamente indisponível e homogêneo é que haverá legitimidade do Ministério Público.

O argumento de que haveria indevido exercício de advocacia pelo Ministério Público nos casos de direitos individuais homogêneos não pode prosperar. Ao ajuizar uma ação coletiva, o Ministério Público está exercendo seu *múnus* constitucional, nada havendo de usurpação de função. Ademais, é sempre válido repetir, nunca estará o Ministério Público defendendo direitos individuais específicos, mas, sim, estará tutelando uma situação que, a partir de lesões individuais, assume dimensão social, transcendendo a posição individual de cada titular. A atuação do Ministério Público é impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular. Tanto é assim, que o pedido formulado na defesa dos direitos individuais homogêneos deve ser necessariamente genérico, havendo posterior habilitação individual dos eventuais titulares que desejarem. E essa habilitação forçosamente será por meio de advogados, cessando a legitimidade do Ministério Público.

Note-se, portanto, que o tratamento coletivo dos direitos individuais não se confunde com a satisfação pessoal do crédito daí decorrente, este sim indiscutivelmente disponível e que deve ser buscado por meio de advogado.⁷⁰

O argumento da abusividade é mais ideológico do que técnico, já que não se combate um instituto pelas suas eventuais deturpa-

⁶⁹ Assim também, em linhas gerais, pensa Cândido Rangel Dinamarco: “Inadmissibilidade da Ação Civil Pública e ilegitimidade do Ministério Público”. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁰ Essa questão foi bem abordada pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião em que se decidiu pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação coletiva em favor de estudantes que haviam sofrido abusivo aumento das mensalidades escolares. O Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou na ocasião: *Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública*. (RExt. nº 163.231-SP – DJ 29/06/01, p. 55).

ções práticas. O fato de haver o ajuizamento indevido de ações coletivas (fato este que não se nega neste trabalho) não significa que se deva impedir o uso do instituto. Temos todo um aparato técnico para impedir o desenvolvimento de uma ação - individual ou coletiva - que seja inadequada. Se uma ação foi ajuizada por meio de uma inicial inepta, que se rejeite aquela petição específica; se houve má-fé, que se condene o litigante. Ou seja: pela técnica processual evita-se a utilização abusiva das ações coletivas, seja pelo ajuizamento correto de ações, seja pelo controle de admissibilidade das demandas.

O que não pode ocorrer é a criação de uma regra genérica que limite a atuação do Ministério Público, como, aliás, só ele fosse responsável por abusos forenses, quando na verdade sabemos que não é bem assim que as coisas se passam. Do modo como exposto pelos autores, parece que ao Ministério Público vale uma extravagante teoria concreta do direito de ação, sendo abusivo o ajuizamento de uma ação que veicule pedido julgado improcedente.

Afirmar, como faz Pedro Dinamarco, que Promotores de Justiça ajuízam ações de modo leviano por receio de punições administrativas pessoais é desconhecer completamente a realidade de uma Instituição, nem mesmo se dando ao trabalho de examinar os mapas estatísticos dos Ministérios Públicos que trazem o número de inquéritos civis arquivados. Não há punição para o correto exercício funcional e isso inclui o ajuizamento de ações nas hipóteses cabíveis e o não ajuizamento quando não houver justa causa.

A idéia de que só em se tratando de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público também não merece prestígio, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade⁷¹.

Como já afirmamos, a partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma sus-

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. "A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas". *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

pensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Nem se argumente que o disposto no art. 25, I, a, da Lei 8.625/93,⁷² haveria definitivamente limitado a atuação do Ministério Público apenas aos direitos individuais homogêneos indisponíveis. Tal interpretação não é possível pelas seguintes razões: a) aplicação subsidiária⁷³ ou integradora da Lei do Ministério Público Federal (art. 6º, XII, da Lei Complementar 75/93 combinado com o art. 80 da Lei 8.625/93), sendo que o processo coletivo deve formar um microssistema; b) a incompatibilidade dessa interpretação da lei com o disposto no art. 127 da CF; c) a equivocidade da linguagem legislativa. Devemos ler o dispositivo mencionado com a disjuntiva *ou* substituindo a conjuntiva *e*, assim como, por exemplo, devemos fazer com a nova redação do art. 515, § 3º, do CPC e fazer o contrário na interpretação do art. 286, CPC; d) se fossemos ler esse dispositivo como determinante de uma simultaneidade entre a característica da indisponibilidade com a homogeneidade, o Ministério Público só poderia defender interesses de incapazes em ações coletivas, e não individualmente⁷⁴.

Merece ser afastado também o argumento de que somente em relações de consumo pode haver a defesa dos direitos individu-

⁷² Veja-se que, mesmo para aqueles que entendem que a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público necessita de previsão específica em lei, o citado dispositivo da legislação institucional satisfaz essa exigência, motivo pelo qual discordamos de Donaldo Armelin, quando afirma que a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos não decorre da Constituição e não há lei ordinária que outorgue genericamente essa legitimidade ("Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política". *Processo Civil e Interesse Público - O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 122/124).

⁷³ O fato de haver norma expressa na lei do Ministério Público Estadual afastaria, em princípio, a aplicação subsidiária; no entanto, temos que a utilização dessa outra norma auxilia na correta interpretação e esclarece uma redação ambígua; ademais, nada justificaria tratamento díspar entre os Ministérios Públicos nesse particular.

⁷⁴ GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. "A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos". *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 11, janeiro/junho de 2000. Concordamos com Gregório Assagra de Almeida quando considera ilegítimo "o questionamento sobre a indisponibilidade ou não desses direitos ou interesses individuais homogêneos para feitos de se aferir a legitimidade ativa provocativa do Ministério Público. O que se nota é que ao estabelecer a Constituição que incumbe ao Ministério Público a defesa de direitos sociais e interesses indisponíveis, a indisponibilidade está relacionada com a categoria dos direitos individuais puros e não dos direitos individuais homogêneos" (*Direito Processual Coletivo Brasileiro - Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 600/601).

ais homogêneos, por só haver expressa referência a essa categoria no Código de Defesa do Consumidor, inclusive porque há outras leis que tratam de direitos individuais homogêneos, como as leis institucionais do Ministério Público, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Como já destacamos, o Código de Defesa do Consumidor apenas rotulou uma categoria que já existia, de modo que, mesmo que não houvesse sua disciplina expressa por meio de qualquer lei, seria possível sua tutela coletiva para garantia do acesso à justiça.

Na realidade, a defesa dos direitos individuais homogêneos é compatível com a Constituição independentemente de previsão expressa. Além disso, devemos lembrar que temos um sistema integrado de tutela coletiva, não havendo sentido em criar artificialmente categorias de direitos estanques, confinadas nos limites de um diploma legislativo específico. Lembre-se ainda do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e da expressa previsão genérica de defesa dos direitos individuais homogêneos pelas leis orgânicas do Ministério Público.

Exatamente em razão dessa compatibilidade constitucional e de haver um sistema integrado do processo coletivo, é que não deve impressionar o fato de que a lei do Código de Defesa do Consumidor, ao acrescentar o inciso IV no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública deliberadamente não incluiu os direitos individuais homogêneos, por ser vontade do legislador seu confinamento das relações de consumo⁷⁵. Primeiro, não é o meio hermenêutico mais correto a vinculação à vontade do legislador, já tendo sido demonstrado que há possibilidade de defesa de quaisquer direitos individuais homogêneos a partir de uma interpretação teleológica e sistemática. Em segundo lugar, o fato de não ter havido inclusão expressa dos direitos individuais homogêneos não possui importância diante da abertura do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Se raciocinarmos de modo diverso, então também deveremos entender que, em não tendo havido alteração expressa do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, o Distrito Federal só será legitimado para ajuizar Ação Civil Pública

⁷⁵ Esse argumento é utilizado, p. ex., por Paulo Roberto Medina em seu *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 120.

em relações de consumo, pois só no Código de Defesa do Consumidor lhe há referência expressa (art. 82, II), o que seria absurdo.

Como destacou o Min. Sepúlveda Pertence, em seu preciso voto no Recurso Extraordinário nº 195.056-1-PR⁷⁶, a lei já confiou ao Ministério Público a incumbência da defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, como p. ex., os dos credores de instituição financeira em liquidação extrajudicial e nunca houve questionamento de inconstitucionalidade, exatamente porque *“da própria Constituição é possível derivar outras hipóteses”* de direitos individuais homogêneos.

A partir do momento em que encaramos a defesa judicial dos direitos transindividuais como integrante do direito fundamental do acesso à justiça, verificamos que esse posicionamento restritivo não pode persistir, devendo ser lembrado que *“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que melhor eficácia lhe dê”*.⁷⁷

Qualquer limitação material posterior (como, p. ex., em matéria tributária e previdenciária) também é indevida, em razão do princípio da vedação do retrocesso (ou do não retrocesso social)⁷⁸. Se a Constituição garante uma tutela jurisdicional adequada e prevê o sistema de tutela coletiva, não pode uma norma infraconstitucional frustrar esse compromisso constitucional com a efetividade. Lembre-se de que o texto constitucional possui cláusula aberta quando se refere à tutela jurisdicional coletiva (art. 129, III e IX). Além disso, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública também possui cláusula aberta para a tutela de quaisquer direitos transindividuais, concretizando-se, assim, o direito fundamental de acesso à adequada tutela

⁷⁶ Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 30/05/03, p. 30.

⁷⁷ CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

⁷⁸ Idem, p. 468/469. Na doutrina brasileira, sobre a vedação do retrocesso há excelentes trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, com fartas indicações bibliográficas. Confirmam-se os mais recentes: “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro”. *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. “Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988”. *Justiça Social: uma questão de Direito*. Maria Elena Rodriguez Ortiz (org.). Rio de Janeiro: DP&A/FASE, 2004. Ainda: MENDONÇA, José Vicente dos Santos. “Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII – Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

jurisdicional, não podendo uma norma posterior retroceder tal garantia e proibir que determinados temas possam ser discutidos em processo coletivo.

Como bem lembra Jesús González Pérez, o direito à tutela jurisdicional significa a possibilidade de formular qualquer tipo de pretensão, qualquer que seja seu fundamento e o objeto sobre o qual verse.⁷⁹ Quando se proíbe que determinados direitos sejam tutelados coletivamente, em uma espécie de *censura processual*, impede-se uma adequada tutela jurisdicional, ofendendo-se um direito fundamental.

Excluir do processo coletivo a tutela de determinados direitos é negar acesso à justiça e, nessa medida, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública é inconstitucional. É verdade que cada titular poderá pleitear seus direitos em processos individuais, mas a Constituição prevê a tutela coletiva como meio mais amplo e eficaz de acesso à justiça, de modo que a vedação da tutela coletiva significa impedimento de prestar uma tutela jurisdicional mais adequada, o que fulmina de inconstitucionalidade a referida norma⁸⁰.

Os posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público se prendem a uma visão pontual do fenômeno, como se o direito pudesse ser interpretado apenas parcialmente. Entretanto, *“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”*⁸¹. Por isso, e mais os argumentos que expusemos

⁷⁹ El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 69.

⁸⁰ Como afirmou Germán J. Bidart Campos, “si ahora suponemos la hipótesis extrema de una ley que expresamente niega una acción, o la legitimación procesal, y en un caso concreto judicialmente planteado el juez se da cuenta de que la ley prohibitiva aniquila el derecho de acceso a la justicia des justiciable pretensor, porque, conforme a las circunstancias de la causa, tales obstáculos le provocan un perjuicio irreparable, no vacilamos en afirmar que el juez debe declarar inconstitucional – en ese caso particular – la norma legal que abroquela la acción, la legitimación y el proceso, y al no aplicarla ha de dar reconocimiento a la acción, a la legitimación y al proceso” (*Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso, e la legitimación*”. Estudo introdutório ao livro de Osvaldo A. Gozaini: *La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 29).

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

nas páginas anteriores, não merecem adesão as restrições impostas pela doutrina e pela jurisprudência.

Passemos agora a descrever o panorama doutrinário mais consentâneo com nosso pensamento.

Gregório Assagra de Almeida entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, afirmando que *“sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto”*.⁸² Essa também é a opinião de Nelson Nery Junior⁸³ e Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁸⁴.

Teori Albino Zavaski, em dois importantes trabalhos sobre o tema⁸⁵, possui posição mais moderada, concluindo que há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico, e tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público. Segundo este autor, a identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador como ao Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito de interesses sociais, empresta expressa adesão a este entendimento. Em linhas gerais, aderem a este posicionamento, exemplificativamente, os seguintes autores: Geisa

⁸² Ob. cit. p. 495.

⁸³ A ação civil pública...cit., p. 572.

⁸⁴ Ob. cit., *passim*, especialmente p. 213 e 233.

⁸⁵ Ministério Público e defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7. São Paulo: Malheiros, 1994. Ainda: “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”. *Revista de Processo*, nº 78. São Paulo: RT, abril/junho de 1995.

de Assis Rodrigues⁸⁶, Alexandre Freitas Câmara⁸⁷, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa.⁸⁸⁻⁸⁹, José Roberto dos Santos Bedaque⁹⁰, Kazuo Watanabe, Hugo Nigro Mazzili⁹¹, Rodolfo de Camargo Mancuso⁹², Ricardo de Barros Leonel⁹³, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁹⁴.

Apesar de os autores que defendem a ampla legitimidade do Ministério Público basearem-se em consistentes argumentos e visualizarem corretamente o fenômeno da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pensamos que o texto constitucional exige a nota do interesse social *ou* da indisponibilidade. Não nos parece que o interesse social seja intrínseco a qualquer demanda coletiva, de modo que deve ser demonstrada sua presença nas ações que veiculem pretensões decorrentes de direitos individuais homogêneos. Estamos, portanto, de pleno acordo com as considerações dos autores por último citados e também entendemos que a legitimidade do Ministério Público se verifica a partir do interesse social previsto no art. 127 da Constituição.⁹⁵

⁸⁶ *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76/77 e nota 221.

⁸⁷ "Tutela jurisdicional dos consumidores". *Procedimentos Especiais*. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr, (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1108.

⁸⁸ *Ob. Cit., passim*.

⁸⁹ Parece ser este também o entendimento de Ricardo Negrão, embora seu texto não seja muito claro neste ponto, ora inclinando-se para uma postura mais restritiva, ora aderindo à orientação aqui exposta (*Ações Coletivas – Enfoque sobre a Legitimidade Ativa*. São Paulo: LEUD, 2004, p. 258/276 e 303).

⁹⁰ "Legitimidade processual e legitimidade política". *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 108.

⁹¹ *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86/89, aderindo ao sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, cujo teor é o seguinte: sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que possui a seguinte redação: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária."

⁹² *Ação Civil Pública*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 100/102.

⁹³ *Ob. cit.* p. 190/193.

⁹⁴ *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 691.

⁹⁵ Na correta abordagem de Kazuo Watanabe, "é preciso evitar que o Parquet perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal ou até mesmo de alguma pressão irrazoável ou em virtude ainda da incorreta conceituação dos interesses ou direitos 'difusos' e 'coletivos', que o leve a propor demandas que veiculem

6.2. Panorama jurisprudencial ⁹⁶⁻⁹⁷:

O exame da jurisprudência assume especial relevo no tema da defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, em razão da diversidade das decisões e da importância do tema.

No Superior Tribunal de Justiça, inicialmente houve um entendimento de que o Ministério Público estaria legitimado para a propositura de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos⁹⁸. Entretanto, lamentavelmente esse entendimento durou poucos meses. O mesmo Ministro, logo depois, modificou seu pensamento, no julgamento do REsp nº 57465-PR, publicado no DJ de 19/06/95, p. 18643, e a tese de que o Ministério Público não estaria legitimado para defender direitos individuais homogêneos relacionados a contribuintes, basicamente porque não são consumidores, passou a ser preponderante⁹⁹.

interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social. Certamente, como bem adverte Andrea Proto Pisani, não se deve restringir a legitimação do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indiferenciado de natureza publicística, incumbindo-lhe também a tutela dos interesses coletivos de natureza privatística. Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão, o interesse social), sob pena de amesquinhação da relevância institucional do Parquet, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa 'da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF)' ("Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense". Revista de Processo, nº 167. São Paulo: RT, julho/setembro de 1992, p. 16).

⁹⁶ Limitaremos nossa análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em razão da preeminência de suas decisões. Os acórdãos mencionados foram retirados das páginas dos Tribunais na internet, a partir do critério de pesquisa *Ministério Público e direitos individuais homogêneos*.

⁹⁷ Destaque-se que Gregório Assagra de Almeida, com total exatidão, aponta que a jurisprudência por vezes se equivoca ao trabalhar com as diversas categorias de direitos metaindividuais, confundindo os direitos individuais homogêneos com os direitos difusos ou coletivos e com repercussão no exame da legitimidade ativa (ob. cit. p. 493).

⁹⁸ Resp nº 49272-6/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 17/10/1994, p. 27868 e RT 720/289, em que se encontra o seguinte trecho do voto do relator: *"apesar de se cuidar da proteção de direitos individuais, a sua origem comum recomenda a defesa de todos através de um único instrumento processual, legitimando-se o Ministério Público para o respectivo manuseio, recomendando-se a providência, não só pela relevância Social que a própria lei conferiu a esses direitos (individuais homogêneos), pelo número de pessoas que envolvem, igualando-os aos direitos coletivos, mas, ainda em face da economia processual, não se justificando o ajuizamento de inúmeras demandas, todas com o mesmo objetivo, que encarecem a justiça e postergam a prestação jurisdicional"*.

⁹⁹ Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - PRECEDENTES. - O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, como as taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte. - Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não a do contribuinte. - Recurso conhecido e provido para declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito." (RESP 284614 / RJ - DJ 26/04/2004, p. 157 - Min. Francisco Peçanha Martins - T2).

Já esclarecemos que entendemos equivocada a restrição imposta pela idéia de que somente os direitos individuais homogêneos dos consumidores podem ser tutelados. Não há nada que impeça a defesa dos contribuintes.¹⁰⁰

Recentemente, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação anterior e voltou a entender que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para a defesa dos direitos dos contribuintes, passando a abordar a matéria com propriedade e na linha teórica defendida neste trabalho, lamentando-se apenas a limitação temporal¹⁰¹ imposta nos julgamentos¹⁰².

A infeliz e autoritária¹⁰³ medida provisória nº 1984, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, como já expusemos, não tem o condão de impedir a defesa dos direitos dos contribuintes por ser inconstitucional¹⁰⁴, já que desarrazoada e violadora da isonomia, ao excluir injustificadamente determinadas matérias da

¹⁰⁰ Cf. FERREIRA, William Santos. "Ação Civil Pública - Contribuinte e consumidor - Distinção - Ilegitimidade ativa *ad causam*". *Revista de Direito do Consumidor*, nº 16, RT. BARRAL, Welber. "Notas sobre a Ação Civil Pública em matéria tributária", in *RePro* nº 80, outubro/dezembro de 1995.

¹⁰¹ Lembre-se que a vedação de retrocesso abrange não só medidas retroativas, mas também prospectivas. Como assinala Ingo Sarlet, "por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos" (Princípio da proibição de retrocesso..., cit., p. 51).

¹⁰² "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. MP 2.180-35. LEI 7.347/85. ALTERAÇÃO. 1. A MP 2.180-35 introduziu o parágrafo único no art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública, vedando a veiculação da *actio civilis* para a discussão de matéria tributária. 2. A MP 2.180-35 deve ser aplicada a partir de sua edição (24/08/2001), vedada a sua retroatividade que alcance as ações civis públicas promovidas antes de sua vigência. 3. *In casu*, evidencia-se que a ação civil pública foi promovida em 30/04/1997, muito antes da entrada em vigor da MP 2.180-35. 4. Recurso Especial a que se nega provimento." (RESP 505303/SC - DJ 19/12/2003, p. 339 - Min. Luiz Fux - T1). "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUÍNTES. 1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24.08.2001. Legitimatio ativa *ad causam*. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela Lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STF e no E. STF o entendimento acerca da legitimação do Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Iluminação Pública, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é *erga omnes* ou *ultra partes*. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tomando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. 2. Deveras, a arguição, *in casu*, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. 3. Recurso Especial improvido." (RESP 522827/MT - DJ 19/12/2003, p. 352 Min. Luiz Fux).

¹⁰³ Valho-me da expressão de Ada Grinover no trabalho acerca da ação civil pública como refém do autoritarismo, já referido.

¹⁰⁴ Cf. NERY JUNIOR e NERY. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1418.

tutela coletiva. Lembre-se uma vez mais do princípio da vedação do retrocesso. Há uma indevida – inconstitucional – limitação do direito fundamental do acesso à justiça¹⁰⁵ -¹⁰⁶.

• O Superior Tribunal de Justiça, em outros julgamentos, não vem restringindo a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas às relações de consumo. Na síntese realizada por João Batista de Almeida¹⁰⁷, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese de existência de relevância social nas seguintes hipóteses: taxa de iluminação pública, aumento abusivo de mensalidades escolares, reajuste de 147% para os aposentados, nulidade de cláusula abusiva, trabalhadores submetidos a condições insalubres em minas, decretação de nulidade de concurso público, planos de saúde, correção monetária de prestação para a aquisição de imóveis, proteção do direito ao salário mínimo para servidores municipais, entre outros. Não reconheceu relevância social nos seguintes temas: aquisição de lotes financiados pela Cohab, IPTU, vale-transporte, taxa de iluminação pública entre outros.

A primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar da diversidade de tendências encontrada no Tribunal durante os anos, parece definitivamente haver identificado a correta interpretação que se deve dar para o tema da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos.¹⁰⁸ Entretanto,

¹⁰⁵ Cf., ainda, o trabalho de João Batista de Almeida: "Ação Civil Pública em matéria tributária – reflexões sobre a posição do STF e a medida provisória 1.984", *in* *Revista do Direito do Consumidor*, nº 40, RT.

¹⁰⁶ Cf., LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. cit., p. 178/179.

¹⁰⁷ *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, São Paulo: RT, 2002, p. 34/35.

¹⁰⁸ Confira-se mais esta ementa: "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do

ainda não se pode dizer que a jurisprudência de todo o Superior Tribunal de Justiça tenha uma tendência uniforme.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas poucas vezes em que examinou a matéria, conferiu relevância social apenas ao tema de cobrança abusiva de mensalidades escolares – tanto que editou a súmula de sua jurisprudência dominante nº 643: *o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares* - não reconhecendo essa característica no exame de matéria tributária (IPTU e taxa de iluminação pública).

Em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal realizou seu primeiro julgamento em 1999 e não reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa coletiva de direitos dos contribuintes¹⁰⁹. As mesmas críticas formuladas quando do exame da jurisprudência

cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239/PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (RESP 637332/RR - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 13.12.2004, p. 242).

¹⁰⁹ "Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei 7374/85, art. 1º, II e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8625, de 1993, art. 25; CF, arts. 127 e 129, III. I - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles direitos ou interesses estiverem na situação ou condição de consumidores ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, caput, e art. 129, III. III - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que tratando-se de tributos, não há entre o sujeito ativo (Poder Público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo, nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis' (CF, art. 127, caput". (RE 195.056-1-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.12.99, v. m., decisão publicada no DJ de 17.12.1999, acórdão ainda não publicado. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE 213.631-MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09.19.99, v. m., DJ 07.04.2000).

dência restritiva do Superior Tribunal de Justiça podem aqui ser repetidas.

Merece destaque o já citado voto do Min. Sepúlveda Pertence no RExt. 195.056-1/PR. Após consignar que *“o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127 [CF], não é o de incumbir a instituição [do Ministério Público] a defesa dos interesses indisponíveis, mas, sim, a dos interesses sociais”*, já que *“a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva”*, e, apontando para o critério do interesse social segundo a Constituição, ressalva que no caso concreto não vislumbrava esse interesse social, embora a matéria tributária por si só impeça o ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público.

Pensamos que as ponderações do Min. Sepúlveda Pertence bem demonstram a dimensão dos limites da atuação do Ministério Público. São irrelevantes, diante do sistema constitucional, os aparentes limites impostos pelo legislador infraconstitucional e a disponibilidade do direito individual. Lamenta-se apenas que, no caso sob julgamento, o ministro tenha entendido que questões tributárias não possuem interesse social e tenha negado legitimidade ao Ministério Público¹¹⁰.

Vê-se, portanto, que grassa certa confusão na jurisprudência, mormente no que se refere à limitação da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas se houver relação de consumo. Embora haja decisões favoráveis à ampla legitimidade do Ministério Público, predominam as decisões mais restritivas e o pa-

¹¹⁰ José Roberto dos Santos Bedaque também critica a conclusão do Ministro, afirmando que, *“embora concorde integralmente com toda fundamentação desenvolvida, não se pode aceitar a conclusão de que, em caso de tributo, o interesse social reside na tributação e não na não-tributação. Parece-me que tal afirmação não está correta e aparentemente foi isso que ele disse: ‘Predomina o interesse social na cobrança de tributos’. Não predomina coisa nenhuma [...] Não me parece legítimo retirar do Ministério Público, que está defendendo a legítima cobrança de um imposto constitucional e a legítima exclusão de um imposto inconstitucional, para toda uma população, a possibilidade de levar ao Poder Judiciário esse interesse individual homogêneo dos contribuintes lesados. Eu vejo aí um interesse social, público, não pela quantidade de pessoas, é pela natureza da situação e evidentemente por alcançar toda uma coletividade. Aí, me parece que falhou o Min. Sepúlveda Pertence, com toda a sua autoridade e competência. Extraiu uma conclusão errada das premissas e dos fundamentos corretos que desenvolveu”* (Legitimidade... cit. p. 109).

norama jurisprudencial que se nos apresenta tende ao conservadorismo¹¹¹.

7. A defesa coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público

A partir dos subsídios teóricos dos itens anteriores, trataremos especificamente da tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público. Não será nosso propósito inventariar todos os temas que possam ser objeto de atuação do Ministério Público - até porque isso seria impossível diante da dinamicidade dos fatos -, mas apenas apontar algumas possibilidades de atuação. Além disso, abordaremos algumas especificidades do Estatuto do Idoso no que se refere ao processo coletivo.

O Estatuto do Idoso, no art. 74, I, conferiu atribuição ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Esse dispositivo poderia até mesmo ser considerado desnecessário, já que reproduz, em nossa opinião, o que já estabelece a Constituição. Ou seja, mesmo que não houvesse esse dispositivo, ou mesmo que inexistisse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos¹¹².

Entretanto, em face da existência das interpretações restritivas que descrevemos em itens anteriores, a norma do Estatuto do Idoso assume particular importância, já que explicita, de maneira

¹¹¹ Chega a ser intuitivo que o descompasso entre o Ministério Público e o Judiciário prejudica o acesso à justiça. É evidente que não se propugna uma parceria automática entre ambos, o que acabaria por desnaturá-los, mas nos parece que não se justificam as restrições impostas pelo Judiciário às ações coletivas, mormente no que se refere à legitimidade para agir. Ao analisar a atuação do Ministério Público nos estados, a professora Maria Tereza Sadek, com base em sua longa experiência nas pesquisas no IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), concluiu que *"o que distingue o estado gaúcho é muito mais o comportamento cooperativo do Judiciário do que apenas o trabalho do Ministério Público"* ("Cidadania e Ministério Público". *Justiça e Cidadania no Brasil*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: Sumaré, 2000, p. 21).

¹¹² Não se quer dizer com isso que o Estatuto do Idoso não tenha importância normativa, já que, além de sua função simbólica, diversos direitos materiais foram agora reconhecidos. Nossa afirmação sobre a desnecessidade do Estatuto limita-se à legitimidade ativa do Ministério Público, a partir da interpretação que fazemos do texto constitucional. De todo modo, em matéria de legitimidade do Ministério Público, o Estatuto do Idoso possui importante papel didático.

bastante didática, que o Ministério Público é legitimado para a defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, sendo que a redação do dispositivo foi feliz ao não vincular o conceito de direitos individuais homogêneos com a nota da indisponibilidade. Em suma, esse dispositivo consagra a posição defendida nos itens anteriores e espera-se que com a explícita consagração normativa, ao menos no que se refere aos idosos, a jurisprudência não amesquinhue a tutela dos direitos.¹¹³

Vejamos agora algumas hipóteses em que se revela possível e necessária a atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos.

A omissão administrativa é campo fértil para as ações coletivas¹¹⁴ e o Ministério Público poderá ajuizar diversas ações que visem a obrigar a atuação do poder público em favor dos direitos dos idosos¹¹⁵. Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos¹¹⁶; ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos (art. 79, I e II, do Estatuto do Idoso)¹¹⁷; ação coletiva para

¹¹³ Ainda acerca da legitimidade do Ministério Público, é necessário lembrar que o Estatuto do Idoso, no art. 81, §1º, permite o litisconsórcio entre Ministérios Públicos, de modo que não incidirá aqui a mesma controvérsia que se deu em razão do veto ao parágrafo segundo do art. 82 do Código do Consumidor. Sobre a ineficácia de tal veto: WATANABE. Ob. cit., p. 831/833.

¹¹⁴ O controle jurisdicional da administração pública é tema dos mais controvertidos. Ultimamente o assunto vem despertando a atenção dos estudiosos e, além das obras coletivas citadas ao longo deste trabalho, que sempre trazem artigos referentes ao tema, vale lembrar uma obra de referência: GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

¹¹⁵ O art. 9º do Estatuto do Idoso dispõe o seguinte: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

¹¹⁶ “Constitucional. Ação Civil Pública. Estatuto do Idoso - lei n.º 10.741/03. Município de Agudo. Construção de abrigo para idosos pelo município. Procedência na origem. Obrigação municipal, no entanto, condicionada a previsão orçamentária. Multa afastada. 1. Tendo o Município a obrigação constitucional e legal de edificar abrigo para seus idosos com base no artigo 230 da Constituição Federal e artigos 3º e 46, do Estatuto do Idoso, é de manter-se a decisão judicial nesse sentido. 2. No entanto, essa obrigação deve ficar condicionada à previsão orçamentária que é o instrumento de concretude das políticas públicas e que envolve a receita e a despesa municipal. 3. Preliminar afastada. Apelação provida. Sentença reformada, em reexame necessário. (Apelação em Reexame Necessário Nº 70008257388, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 26/05/2004).

¹¹⁷ O art. 15 do Estatuto do Idoso dispõe que “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”.

fornecimento de medicamentos¹¹⁸; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso¹¹⁹; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade), conforme art. 38, II e III, do Estatuto do Idoso, etc.

O acesso ao lazer e à cultura também é tema que merece a atuação do Ministério Público, valendo lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ação coletiva visando a garantir o ingresso de aposentados gratuitamente em estádios de futebol, sob o fundamento de que o lazer¹²⁰ dos idosos possui relevância social.¹²¹

Outra área de atuação importante do Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos dos idosos é a fiscalização de entidades de atendimento, asilos e abrigos para idosos. Constatando irregularidades, e não havendo meios de saná-las, deve o Ministério Público ajuizar ação coletiva para suspensão das atividades ou a dissolução da entidade (art. 55, § 3º, do Estatuto do Idoso), podendo inclusive pleitear reparação por danos morais para os idosos residentes. A prática vem demonstrando que diversos asilos não possuem condições mínimas para o acolhimento de idosos e a atuação do Ministério Público está sendo fundamental para o resguardo dos direitos dos abrigados. Note-se que as entidades de atendimento prestam serviços (art. 35 do Estatuto do Idoso) e, portanto, enquadram-se também nas regras do Código do Consumidor¹²², o que, entre outras consequências, pode

¹¹⁸ O art. 15, § 2º, do Estatuto do Idoso dispõe que “incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.

¹¹⁹ O art. 21 do Estatuto do Idoso dispõe que “o Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados”.

¹²⁰ O art. 23 do Estatuto do Idoso estabelece que as atividades de cultura e lazer deverão ter pelo menos de cinquenta por cento de desconto nos preços dos ingressos para os idosos.

¹²¹ *Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol. Lazer. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública* (TRESP 242643/SC – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJ 18.12.2000, p.00202).

¹²² Interessante registrar que, antes da vigência do Estatuto do Idoso, o Ministério Público, no esforço para tutelar os direitos dos idosos, fundamentava suas ações coletivas para o fechamento de entidades asilares quase que exclusivamente nos direitos do consumidor. Em determinada ocasião, o Ministério Público do Rio de Janeiro, por meio do Promotor de Justiça Alexander Araújo de Souza, teve conhecimento de entidade asilar que deixava idosos doentes e sujos ao relento, que possuía todos os banheiros sem a mais elementar limpeza, que fornecia alimentos em estado de putrefação, entre outras barbaridades, valeu-se do Código do Consumidor para requerer a interrupção do

ser interessante no caso de ser pleiteada alguma indenização e haver necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

De todo modo, não obstante a prática comprovar que a atuação do Ministério Público na fiscalização das entidades de atendimento é fundamental, a medida do fechamento ou dissolução da entidade deve ser considerada excepcional, inclusive porque os idosos abrigados podem não ter outro local apto que os acolha imediatamente. A ponderação e a adequação à realidade de cada comarca se fazem mais presentes do que nunca em questões asilares. Outras peculiaridades referentes aos asilos, casas geriátricas e unidades de atendimentos e que, na medida do possível, merecem atenção quando do ajuizamento de ações coletivas são as seguintes: a) freqüentemente o asilo está instalado em casarões antigos que possuem valor histórico e, em razão disso, não podem receber todas as adaptações necessárias para a segurança e conforto dos idosos sem descaracterizações arquitetônicas. Note-se que estamos diante de conflitos entre direitos¹²³ transindividuais que deverão ser compatibilizados de acordo com o caso concreto, sem que haja sacrifício exclusivo de um deles; b) dadas as especificidades dos estabelecimentos asilares, é de todo conveniente que as ações coletivas sejam instruídas com dados multidisciplinares, como laudos sanitários, estudos sociais etc., o que reforça a idéia de que os Ministérios Públicos devem cada vez mais se preocupar com a formação de

funcionamento da entidade, além de pedir a condenação ao pagamento de danos materiais e morais, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios (referida ação civil pública foi publicada na íntegra na *Revista do Ministério Público* – órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 16, julho/dezembro de 2002, p. 215/231). O Estatuto do Idoso veio, portanto, robustecer a atuação do Ministério Público.

¹²³ O conflito entre direitos fundamentais vem merecendo atentos estudos, cuja complexidade foge completamente aos limites deste estudo, já que, apenas para situar a discussão, seria necessário tratar das conquistas recentes da argumentação jurídica e da hermenêutica, além da teoria dos direitos fundamentais. Sobre o tema, é impossível não fazer referência aos estudos de Robert Alexy, em especial sua obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Tradução espanhola do original *Theorie der Grundrechte* feita por Ernesto Garzón Valdés e revista por Ruth Zimmerling. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, especialmente p. 87/114). O princípio da proporcionalidade é fundamental para solucionar o conflito entre bens jurídicos e, a partir dos trabalhos de Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, a doutrina brasileira vem se familiarizando com seu estudo. Sobre o princípio da proporcionalidade, recentemente foi editado um denso estudo: PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, *passim*. Na doutrina brasileira há um livro que em poucas páginas faz uma resenha de todo o problema e ainda apresenta contribuições originais: ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. Segundo Sergio Cruz Arenhart, a tutela coletiva é um campo próprio para o confronto de direitos relevantes (*Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, *cit.*, p. 177/184).

quadros técnicos próprios para o suporte dos Promotores e Procuradores; c) deve haver uma atenção especial com o recebimento de pensões ou benefícios pecuniários pelos idosos abrigados, já que é comum que algum funcionário ou sócio da própria entidade possua procuração ou seja curador dos abrigados, de modo que pode haver interrupção dos pagamentos; d) pelo mesmo motivo da alínea anterior, deve ser incluído na ação coletiva pedido acerca de eventual apropriação indevida de bem móvel (o que inclui seus benefícios pecuniários) de idosos; e) como invariavelmente há tratamento inadequado aos idosos pelas entidades rés em ações coletivas, é viável a inclusão de pedido de dano moral coletivo; f) não raro as cidades do interior possuem apenas um estabelecimento asilar, normalmente privado, de modo que a atuação do Ministério Público deverá também se dar junto ao Poder Público, a fim de viabilizar a remoção dos idosos, caso tal medida seja necessária.

A tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público também se mostra bastante efetiva nas relações de consumo, especialmente no que se refere aos contratos de prestação de serviços em entidades de atendimento e de planos de saúde¹²⁴, inclusive com

¹²⁴ Confira-se o seguinte julgado: "PLANO DE SAÚDE. MAJORAÇÃO. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE CONTEMPLA A MAJORAÇÃO TÃO-SOMENTE COM BASE NO IMPLEMENTO DA IDADE. ESTATUTO DO IDOSO. Impossibilidade de retroagir por chocar-se justamente com uma das hipóteses em que esta é vedada pelo artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que restaria atingido o ato jurídico perfeito. Tal não significa não seja possível a adoção de solução de cunho protetivo ao idoso e também consumidor, notadamente porque esta encontra suporte da Constituição Federal, em especial nos artigos 230 (Princípio de Amparo aos Idosos), 5, inciso XXXII e 170, V (os dois últimos dizendo respeito à proteção ao consumidor), fazendo-se, então, incidir, o Código de Defesa do Consumidor. É certo que se mostra possível argumentar, em defesa da tese da ré, com o Princípio da Livre Iniciativa que tem por suporte os artigos 170 e 199 da Constituição Federal. Tal antinomia, entretanto, resta suplantada diante da hierarquização axiológica de tais Princípios, adotando-se aqueles que se revelam dominantes ou que atendam a um Princípio Superior. Quer parecer, assim, que tal colidência se pode solver com o Princípio da Dignidade (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), impondo-se considerar que a adequada proteção ao idoso e ao consumidor tem estreita ligação com a própria dignidade enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito. O reajustamento da contraprestação em razão da faixa etária pelo implemento da idade de 70 anos pelo triplo de seu valor base, circunstância que, de forma concreta, deixa estampada a abusividade da aludida cláusula contratual que praticamente inviabiliza a permanência do consumidor que vinha contribuindo por considerável período de tempo, como se fosse possível, com o avançar da idade e quando mais se revela necessária a utilização do serviço, valer-se de estratagemas que revela inconfessada intenção discriminatória em relação ao idoso, cuja roupagem, apenas esta, se revela lícita, porque o seu fim, às escâncaras, faz tabula rasa, a um só tempo e sem qualquer cerimônia, dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e de Amparo aos Idosos (artigos 1º, inciso III e 230 da Constituição Federal), assim como do disposto no artigo 51, inciso IV, do CDC. Tal cláusula, na realidade, que com larga antecedência contempla tão elevado reajuste é verdadeira válvula de escape para, com a inviabilização do plano sob o ponto de vista econômico ao consumidor, descartá-lo porque não mais convém alcançar assistência a quem se encontra mais suscetível, via de regra, às doenças, porque pessoas, principalmente os idosos, considerado um critério exclusivamente financeiro, também são descartáveis, tal como se não mais fosse possível envelhecer com dignidade,

pedido de reparação de dano moral coletivo¹²⁵, dependendo da hipótese. Para a discussão das cláusulas contratuais de planos de saúde a legitimidade do Ministério Público é tranqüila, em razão do que já dispõe o Código do Consumidor, vindo o Estatuto do Idoso apenas incrementar essa atribuição¹²⁶.

Para a garantia de transporte gratuito dos idosos, na forma do disposto no art. 230 da Constituição e dos arts. 39/40 do Estatuto do Idoso, a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público tem se mostrado importante instrumento, embora o Superior Tribunal de Justiça venha sistematicamente negando esse direito.¹²⁷ São diversas as ações coletivas ajuizadas pelos Ministérios Públicos dos Estados e também pelo Federal, já que as empresas de transporte – todas concessionárias de serviço público, vale ressaltar, apesar do truísmo, para incrementar o absurdo da situação – são contumazes violadoras dos direitos dos idosos.

7.1. A questão previdenciária

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que cuidam de benefícios previdenciários sempre nos pare-

porque, afinal, a Constituição, como já advertira Pontes de Miranda, é muito mencionada, pouco lida e sequer aplicada. (Recurso Cível Nº 71000569467, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - Jec, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 06/10/2004).

¹²⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. "Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde". *Revista de Direito do Consumidor* nº 51. São Paulo: RT, julho/setembro de 2004, p. 131/153.

¹²⁶ "Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Planos de saúde. O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado." (STJ - RESP 208068/SC - Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ 08.04.2002, p. 208).

¹²⁷ "Suspensão de Segurança. Indeferimento. Agravo Regimental. Estatuto do Idoso. Transporte Coletivo. Reserva de Vagas e Descontos. Lesão à Ordem Jurídica, Administrativa e Econômica. Interesse Público. Equilíbrio Financeiro-Econômico dos Contratos. 1. De lesão à ordem jurídica não se há falar na excepcional via da suspensão de liminar ou de segurança, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal própria (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). 2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Inexistente esta, não se fala em eficácia do dispositivo legal. 3. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. 4. Agravo Regimental não provido." (AgRg na SS 1411/DF - Rel. Ministro Edson Vidigal - Corte Especial - DJ 06.12.2004, p. 178. No mesmo sentido: AgRg na SS 1404/DF DJ 06.12.2004 p. 177).

ceu evidente, tendo em vista o inequívoco interesse social presente em tais situações. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anterior¹²⁸, passou a negar legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que se trata de ações para a defesa de direitos individuais homogêneos, sem que haja relação de consumo¹²⁹.

Como já demonstrado nos itens antecedentes, esse raciocínio é completamente equivocado, já que os direitos individuais homogêneos não estão confinados às relações consumeristas. Além disso, é incorreta a generalização que faz o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que ações coletivas que cuidam de matéria previdenciária tutelam sempre – e apenas – direitos individuais homogêneos. A pretensão veiculada na ação é que revela qual o direito está sendo tutelado e não a matéria que é discutida.

Um exemplo para ilustrar o afirmado: se a ação se limita a pleitear a revisão de benefícios previdenciários pelos índices legais, trata-se de direitos coletivos; caso haja pedido de restituição do que foi pago indevidamente por erro de cálculo, tratar-se-á de direitos individuais homogêneos. Ou seja: o simples fato de se tratar de matéria previdenciária não significa que estejamos diante de direitos individuais homogêneos¹³⁰.

¹²⁸ "Processual Civil. Ação Civil Pública. Direitos Individuais Homogêneos. Interesse Público. Ministério Público Federal. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando a proteger o interesse, de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários. Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão". (RESP 211019/SP – Rel. Min. Felix Fischer - DJ 08.05.2000, p. 112).

¹²⁹ "Agravos Regimentais. Processual Civil e Previdenciário. Ação Civil Pública. Revisão de Benefício Previdenciário. Direitos Individuais Disponíveis. Ausência de Relação de Consumo entre o INSS e o Segurado. Ministério Público Federal. Ilegitimidade Ativa "Ad Causam". A questão objeto da ação civil pública diz respeito a direito que, conquanto pleiteado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo, não obstante apresentar aspecto de interesse social. Sendo assim, por se tratar de direito individual disponível, evidencia-se a inexecutabilidade da defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Destarte, as relações jurídicas existentes entre a autarquia previdenciária e os segurados do regime de Previdência Social não caracterizam relações de consumo, sendo inaplicável, *in casu*, o disposto no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ressalva do entendimento do Relator. Agravo regimental desprovido." (AGRESP 502610/SC – Rel. Min. Felix Fischer - DJ 26.04.2004, p. 00196). Tratando-se de previdência privada, o STJ, corretamente, reconheceu legitimidade ao Ministério Público em razão do interesse social (Resp 439509/SP – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 30/08/04, p. 292).

¹³⁰ "O que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. [...] É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses 'coletivos' tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos 'individuais homogêneos', e a de interesses ou direitos 'coletivos', que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível" (WATANABE, Kazuo. *Ob. Cit.*, p. 810).

De todo modo, mesmo incidindo em lamentável erro ao desprezar o objeto litigioso na análise da natureza do direito tutelado, o Superior Tribunal de Justiça comete pior equívoco ao negar legitimidade ao Ministério Público, desconsiderando o disposto nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição. Realmente, o interesse social está intrínseco nas questões previdenciárias¹³¹, o que faz com que haja uma legitimidade *in re ipsa* do Ministério Público para ajuizar ações coletivas em defesa dos direitos dos segurados.¹³²

Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos idosos. Aliás, se a partir do Estatuto do Idoso o Superior Tribunal de Justiça continuar desprezando a Constituição e mantiver seu entendimento de que os direitos individuais homogêneos só podem ser tutelados quando houver lei expressa, será obrigado a excluir do âmbito de eficácia subjetiva da decisão coletiva todos os segurados da previdência que não forem idosos, o que configurará uma situação no mínimo desarrazoada, para não dizer esdrúxula.

Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do

¹³¹ Lembre-se que, além de a previdência ser um direito social e os benefícios previdenciários constituírem na única fonte de renda de aproximadamente metade dos idosos, o impacto das oscilações dos benefícios atinge famílias inteiras que dependem exclusivamente da renda do segurado. Com razão aponta-se que "o perfil do sistema previdenciário construído hoje influirá na distribuição futura da renda das famílias" (CAMARANO, Ana Amélia. KANSO, Solange. MELLO, Juliana Leitão e. "Como vive o idoso brasileiro?" *Os Novos Idosos Brasileiros – muito além dos 60?* Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 70). Na previdência rural, dois terços dos benefícios são pagos a idosos, sendo que 88% desse grupo tem o benefício previdenciário como meio de subsistência garantido para suprir as necessidades vitais dos idosos e de seus dependentes (DEL GADO, Guilherme C. CARDOSO JR., José Celso. "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização". *Os Novos Idosos Brasileiros – muito além dos 60?* Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 295/296).

¹³² Ressalte-se uma vez mais que a limitação constante no parágrafo único do artigo primeiro da Lei da Ação Civil Pública não pode ser considerado óbice para o ajuizamento de ações coletivas, em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, já demonstrada em páginas anteriores

inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos¹³³.

¹³³ Dois recentes julgados bem ilustram nosso posicionamento na matéria e apontam para o caminho correto a ser seguido pela jurisprudência. Pela precisão dos fundamentos, vale transcrever as ementas, posto que longas: *“Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Reajustamento de Benefício Previdenciário. Legitimidade do Ministério Público. 1. Agravo regimental interposto contra negativa de efeito suspensivo a agravo de instrumento manejado contra decisão judicial que, nos autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, deferiu liminar, determinando o recálculo de todos os benefícios previdenciários - concedidos ou mantidos, no território de Pernambuco, entre fevereiro de 1994 e fevereiro de 1997 - dos segurados da previdência social, cuja renda mensal inicial tiver sido ou houver de ser calculada, computando-se os salários-de-contribuição referentes a fevereiro de 1994, corrigindo-os pelo valor integral do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, bem como a implantação das diferenças positivas. Discussão que se encerra, sobretudo, na legitimidade do parquet para o ajuizamento de ações civis públicas concernentes a reajustamento de benefícios previdenciários. 2. [...] O Objeto da ação (correção do benefício da previdência social) e os titulares do interesse (representados na maior parte por pessoas idosas), ao lado da dimensão subjetiva (quantidade de sujeitos de direito envolvidos) atingida pelos efeitos da negativa da autarquia previdenciária, confirmam a legitimidade ministerial para o seu ajuizamento[...]. 3. A natureza das atribuições determinadas como de competência do órgão ministerial, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fiscalizador e determinante de que foi dotado esse agente – constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do estado – impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras. 4. Ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexão na coletividade considerada em conjunto. [...] ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou arimadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social. 5. [...] O Ministério Público postula o recálculo dos benefícios previdenciários percebidos por todos os segurados da previdência social no estado de Pernambuco, com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 aos salários-de-contribuição. Está em discussão o relevante direito social à previdência social, constitucionalmente concebido, ex vi do art. 7º, caput, da CF/88, entendendo-se por direito social à previdência social também o direito à percepção dos benefícios devidamente calculados e corrigidos, segundo os ditames legais, de forma capaz a garantir a satisfação de todas as necessidades de subsistência que se associam a esses valores. [...] 7. Está sendo postulado direito de pessoas que se enquadram, em sua maioria, no conceito de idoso. A situação etária, se assim se pode denominar, tem recebido atenção particularizada nos dias atuais. A edição da lei que determinou a tramitação privilegiada dos processos em virtude da idade dos postulantes (lei nº 10.173, De 09.01.2001), assim como do Estatuto do Idoso (lei nº 10.741, de 01.10.2003), são sinais dessa preocupação com as peculiaridades das necessidades que passam a integrar a vida das pessoas com idade avançada. Não poderia ser diferente. A ancianidade traz consigo um quadro especial, especialidade que, como já dito, faz assemelhar essa situação às que caracterizam os que se enquadram como crianças, índios, consumidores. Diz-se que “não só se faz necessária a luta para implementar os ‘novos’ direitos da terceira idade previstos na constituição atual, mas, sobretudo, para apoiar o fortalecimento de instituições como o Ministério Público, a quem compete uma atuação mais efetiva na consecução da cidadania dos idosos” (WOLKMER e LEITE). 8. Não se mostra conforme aos princípios da razoabilidade, da economia processual e também da isonomia entender pela ilegitimidade do Ministério Público, impelindo todos os segurados prejudicados a ajuizarem ações individuais, gerando acúmulo de demandas que, pela identidade de discussão, poderiam e deveriam ter a mesma solução. [...]” (TRF-5ª Região. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 53411 – Rel. Des. Francisco Cavalcanti – DJ 01/06/04, p. 416. Os destaques são nossos. Apesar de concordarmos com o teor do julgamento, ressaltamos que, em nossa opinião, a ação tutelou direitos coletivos e não direitos individuais homogêneos). *“Processo Civil. Previdenciário. Agravo de Instrumento e Regimental. Tutela Antecipada. Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Revisão de Benefício. IRSM de Fevereiro de 1994. Risco de Dano. Ausência. - Considerando que o tema referente à titularidade ativa da ação manejada em primeiro grau tem assento constitucional (arts. 127, caput e 129, III) e que a última palavra pertence ao não menos egrégio STF, e tendo este, em hipótese análoga igualmente versava sobre**

Ainda em relação à questão previdenciária, vale lembrar a recente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em razão da suspensão do pagamento de benefícios previdenciários a beneficiários que possuísem noventa anos de idade ou mais¹³⁴, visando ao ressarcimento dos danos materiais e à reparação dos danos morais individuais e coletivos sofridos pelos idosos.

Lembre-se também de que o Estatuto do Idoso prevê, em seu art. 34, que aos idosos, a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social, o que, além de alterar o art. 20 da Lei 8.742/93, pode exigir a atuação coletiva do Ministério Público para resguardar tal direito, que já vinha atuando para tutelar adequadamente o direito previsto no art. 203, V, da Constituição, já que o INSS vem exigindo abusivamente a comprovação de incapacidade para atos da vida diária para a concessão do benefício¹³⁵.

A fim de demonstrar a importância do papel do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos e da variedade de hipóteses em que sua atuação poderá ocorrer, vale descrever uma interessantíssima ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal junto à Justiça Federal em Campinas¹³⁶, que decorreu de uma questão previdenciária: após procedimento administrativo,

causa em que discutido um direito social, como são os benefícios mantidos pela Previdência Social - art. 6º da CF), recentemente decidido que a Lei Complementar nº 75/93 conferiu ao MPT legitimidade ativa, no campo da defesa dos interesses difusos e coletivos, no âmbito trabalhista (STF, RE 213.015, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 24-5-2002), não há como afastar a plausibilidade dessa última em relação ao MPF - igualmente um dos ramos do Ministério Público da União - em sede previdenciária. Inteligência, ademais, do disposto nos artigos 1º, 2º e 74, I, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). [...]. (TRF -4a Região. Agravo de instrumento nº 200542 - Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus - DJ 09/06/04, p. 609).

¹³⁴ Ação civil pública de autoria de Sergio da Cruz Arenhart, publicada na *Revista de Processo* nº 117. São Paulo: RT, setembro/outubro de 2004, p. 325/340.

¹³⁵ Sobre a seguridade social e os idosos, vale conferir os seguintes trabalhos: PIERDONÁ, Zélia Luiza. "Proteção previdenciária às pessoas com deficiência e idosos". *Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2003. FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. "Benefícios assistenciais das pessoas portadoras de deficiências e idosos". *Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2003.

¹³⁶ A ação coletiva foi ajuizada pelos Procuradores da República José Ricardo Meireles, Letícia Pohl e Silvana Mocellin. Esta e outras ações de iniciativa do Ministério Público Federal em favor dos idosos podem ser consultadas no endereço eletrônico www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdk/index.jsp (ícone "banco de dados").

constatou-se que dois advogados se apropriavam indevidamente de aproximadamente metade dos valores devidos a seus clientes em causas previdenciárias. Identificaram-se dezenas de idosos que foram lesados e apurou-se que mais de trezentos mil reais foram apropriados pelos advogados, que possuíam poderes para receber tais quantias. Diante desse quadro, além das medidas criminais cabíveis, o Ministério Público Federal ajuizou ação coletiva com base no Estatuto do Idoso, cuja pretensão era evitar que se repetissem tais condutas, pleiteando-se, em antecipação de tutela, que fossem excluídas de todas as procurações outorgadas por idosos aos tais advogados a expressão “poderes especiais para receber”, compreendendo-se o poder para levantar alvarás, a fim de que somente os idosos pudessem levantar os alvarás com o numerário a que tinham direito, tendo sido ainda requerida a obrigação de que os réus apresentassem procurações atualizadas dos idosos, com o fim específico para levantamento de valores disponíveis em Juízo, inclusive especificando os valores que serão entregues ao idoso e os valores que serão recebidos a título de honorários, sempre quando do levantamento de alvarás.

7.2. Outros Aspectos Processuais do Estatuto do Idoso

No que se refere à tutela jurisdicional coletiva, o Estatuto do Idoso apresenta algumas peculiaridades, além da questão da legitimidade, que já foi mencionada na nota 57 deste trabalho. Vejamos agora, algumas outras questões.

Como em todo o sistema processual coletivo, o Estatuto do Idoso não prevê a legitimidade do Ministério Público apenas para o processo de conhecimento, mas também para a execução da sentença, mesmo se tiver sido outro o autor da ação coletiva e desde que permaneça inerte (art. 87 do Estatuto do Idoso, com redação bastante semelhante¹³⁷ à do art. 15 da Lei da Ação Civil Pública). No que se refere à execução, o que chama a atenção no Estatuto do

¹³⁷ O que há de diferente no dispositivo do Estatuto do Idoso é a previsão de assistência aos demais legitimados na fase de execução. (Sobre o cabimento ou não de assistência na execução: OLIVEIRA NETO, Olavo. “A defesa dos terceiros na execução forçada”. *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 737. ASSIS Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 254/255. MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. “Do cabimento da assistência no processo de execução”. *Revista de Processo*, nº 43. São Paulo: RT, julho/setembro de 1986).

Idoso é o disposto no parágrafo único do art. 84, que, à primeira vista, atribui ao Ministério Público a primazia na execução de multa imposta em ação judicial, conferindo legitimidade aos demais entes apenas em caráter subsidiário. Entretanto, deve haver uma interpretação sistemática entre os arts. 84, parágrafo único, e 87 do Estatuto do Idoso, de modo que o autor da ação pode executar a multa e, em caso de inércia, a legitimidade se transfere aos demais legitimados¹³.

Para finalizar este item, resta analisar o regime financeiro do processo coletivo do Estatuto do Idoso.

Segundo o art. 88, nas ações coletivas não haverá adiantamento de nenhuma despesa processual e seu parágrafo único dispõe que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Vê-se que não há exata correspondência entre o que prevê o Estatuto do Idoso e o que consta no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública.

Apesar das intensas controvérsias doutrinárias¹³⁹, tende a se firmar, no que se refere à Lei da Ação Civil Pública, a aplicação uniforme do disposto no art. 18 a todos os legitimados, inclusive ao Ministério Público¹⁴⁰⁻¹⁴¹⁻¹⁴². Esse tratamento diferenciado das ações

¹³ Assim também entende Luiz Manoel Gomes Junior: "Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741/2003 – Aspectos processuais – Observações iniciais". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 12. São Paulo: Dialética, março de 2004, p. 133.

¹³⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública* 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 499/516. Para exemplificar a controvérsia: Ricardo de Barros Leonel entende que o art. 18 se aplica às associações e apenas aos entes públicos despersonalizados, que teriam a finalidade específica de defender os direitos transindividuais (ob. cit., p. 392/395); Marcelo Abelha, por sua vez, entende que o dispositivo se aplica exclusivamente às associações, que seriam as únicas a ter a sucumbência como obstáculo ao acesso à justiça (ob. cit., p. 302/305).

¹⁴⁰ No Superior Tribunal de Justiça, é pacífica a tese de que o Ministério Público está isento de sucumbência, salvo má-fé: "ADMINISTRATIVO - ATO DE IMPROBIDADE - CONFIGURAÇÃO E TIPICIDADE: LEI 8.429/92 - SUCUMBÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na tipificação do ato de improbidade administrativa, exige-se do julgador perfeita sintonia com a realidade sócio-econômica da realidade brasileira. 2. Em sociedade fortemente marcada pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral, a ponto de configurar-se ato de improbidade, a distribuição de passagens de ônibus a pessoas carentes. 3. Repercussão econômica sem desvios e devidamente aprovada pela Corte de Contas. 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé. 5. Recurso especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do Ministério Público." (RESP 403599/PR – Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 12.05.2003 p. 274). "PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Ministério Público não responde por honorários de advogado, em caso de improcedência do pedido em ação civil pública, a não ser em caso de comprovada má-fé. Precedentes. Recurso Especial improvido." (RESP 422801 / São Paulo – Rel. Min. Garcia Vieira - DJ 21.10.2002 p. 290).

¹⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça já condenou o Estado ao pagamento de verbas de sucumbência por ato do Ministério Público: "PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. Ação proposta pelo Ministério Público que, obrigado legalmente a pedir o arresto de bens do administrador de sociedade liquidanda (Lei nº 6.024/74, art. 45), foi além disso, atingindo a meação da mulher deste; pelo excesso de atuação do seu agente, o Estado de Minas Gerais responde pelos honorários de advogado resultantes da procedência dos embargos de

coletivas nos parece justificado na medida em que incrementam o acesso à tutela jurisdicional.¹⁴³

Pensamos ser possível compatibilizar o disposto no Estatuto do Idoso com as regras do sistema do processo coletivo. Não se justifica entender que somente o Ministério Público esteja isento da sucumbência e, o que é ainda pior, mesmo em caso de comprovada má-fé. Não se justificam a isenção da sucumbência a apenas um legitimado e a exclusão da responsabilidade em caso de má-fé. Parece-nos que, para não haver quebra do princípio da isonomia e violação do princípio da proporcionalidade, a interpretação deverá ser a mesma que vem sendo dada majoritariamente ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: todo co-legitimado está isento da verba de sucumbência, salvo comprovada má-fé¹⁴⁴.

terceiro. Recurso especial não conhecido". (RESP 188695 / MG – Rel. Min. Ari Pargendler - DJ 13.08.2001 p. 144). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Des. Araken de Assis condenou o próprio Ministério Público ao pagamento das custas, determinando que o dinheiro fosse retirado da parcela que lhe caberia no orçamento (cf. LENZ, Luiz Alberto Thompson Florez. "Da responsabilidade do Ministério Público pela sucumbência na ação civil pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 84, outubro/dezembro de 1996).

¹⁴³ Segundo Nelson Nery Junior, "todo e qualquer co-legitimado que tiver ajuizado a ação civil pública se sujeita ao dispositivo ora comentado" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1031. No mesmo sentido, e na mesma obra (p. 851), manifesta-se Kazuo Watanabe). O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América também consagra esta orientação: "os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais" (art. 15, § 3º).

¹⁴⁴ Como observam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, "o só fato da sucumbência nas ações coletivas, em razão das regras específicas da Lei 7347/85, não acarreta para o autor a condenação em honorários advocatícios e nas despesas processuais, sendo plenamente justificável tal normativa, porque: a) os legitimados são meros substitutos processuais, não fazendo qualquer sentido, por isto, considerá-los 'vencidos' numa ação proposta em nome da coletividade; b) o afastamento da regra de que 'a condenação resulta do fato objetivo da derrota' concede maior acessibilidade judiciária aos interesses difusos uma vez que a possibilidade de condenação em honorários advocatícios e despesas processuais pela só sucumbência acabaria por representar um poderoso e inafastável desestímulo à ação dos legitimados extraordinários [...] Em resumo, pode-se dizer que: a) quando verificada a 'má-fé antecedente' por parte do autor – o que cumpre seja específica e fundamentadamente apontado na sentença de improcedência – [...] suportará ele o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos; a mesma consequência se verificará com relação à má-fé, de qualquer das partes apurada no curso do processo; c) não havendo má-fé 'antecedente' ou no curso do processo, o só fato da sucumbência do autor não dá ensejo à sua condenação em honorários advocatícios e despesas processuais, incidindo, novamente aqui, a normativa específica da Lei da Ação Civil Pública (arts. 17 e 18)". (Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 861 e 864, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, inclusive contra o entendimento exposto).

¹⁴⁵ Luiz Manoel Gomes Junior assim se manifesta: "o parágrafo único do art. 88 do Estatuto do Idoso deve ser lido da seguinte forma: para o Ministério Público não haverá sucumbência no caso de improcedência do pedido, estendendo tal benefício aos demais co-legitimados, até porque o sistema da ação civil pública pode e deve ser invocado" (ob. cit., p. 135).

7.3. Atribuição e competência

Estamos convictos de que a *especialização* é a melhor solução para que o Ministério Público atinja resultados mais satisfatórios na tutela dos direitos. Para a tutela coletiva de direitos a especialização das promotorias e a necessidade de planos de atuação institucional nos parecem ainda mais evidentes, em razão das peculiaridades próprias do processo coletivo¹⁴⁵.

As vantagens da criação de promotorias especializadas são evidentes, na medida em que a dedicação exclusiva a uma determinada matéria faz com que o serviço prestado naturalmente se aperfeiçoe rotineiramente. Além da familiaridade com os problemas relacionados com a matéria, que faz com que as medidas necessárias em boa medida já venham sendo elaboradas e testadas, a especialização aproxima e torna mais fácil o diálogo com órgãos governamentais e setores da sociedade que também são responsáveis pela mesma atividade específica ou se ocupam do mesmo tema. A concentração de atribuição, em resumo, desde que dotadas as promotorias de estrutura necessária, possibilita a maior adequação da técnica às necessidades dos sujeitos de direito e, nessa medida, torna mais eficaz a tutela sob a responsabilidade do Ministério Público. Bastante recomendável também a realização de planos de atuação para a efetiva tutela dos direitos dos idosos.

Na pesquisa que realizamos, identificamos que os Estados comumente criam promotorias especializadas para a defesa dos direitos dos idosos juntamente com a defesa dos direitos de pessoas portadoras de deficiência, como ocorre, por exemplo, em Minas Gerais, no Maranhão, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, havendo inclusive uma Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiên-

¹⁴⁵ Também Barbosa Moreira encareceu a necessidade de especialização: "Conviene subrayar que el Ministerio Público, por lo menos en algunos sitios trato con seriedad de prepararse para ejercer de modo eficiente ese nuevo género de tareas, inclusive mediante la creación de órganos especializados. Muchos miembros de la institución, sobre todo entre los más jóvenes y socialmente comprometidos, dedican a los asuntos de que estamos hablando un interés apasionado. No suena excesivo afirmar que la convocación para actuar en un campo tan lejano de sus preocupaciones tradicionales dió margen, por decirlo así, a una auténtica revitalización del Ministerio Público en el Brasil" (*"La iniciativa en la defensa de los intereses difusos e colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)"*, Temas de Direito Processual (Quinta Série) São Paulo: Saraiva, 1994, p. 166).

cia (AMPID)¹⁴⁶. Em São Paulo, há atribuição exclusiva para a defesa do idoso, sendo que desde 1997 há um Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso.

Em nossa concepção, portanto, a pulverização de atribuição deve ser evitada com a criação de promotorias especializadas, que concentrariam toda a atribuição referente aos idosos em situação de risco, inclusive para a persecução criminal dos tipos penais próprios do Estatuto do Idoso. Evidentemente, cada Ministério Público deverá adaptar sua estrutura administrativa às realidades locais, o que pode significar inclusive a previsão de atribuição concorrente¹⁴⁷ entre promotorias para a tutela de direitos dos idosos, mas o que não nos parece razoável é ignorar a necessidade de especialização na defesa dos direitos dos idosos, ao menos nas capitais e nas grandes cidades.

Outro ponto importante é a necessidade de as Promotorias contarem com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas, como médicos, engenheiros, contadores etc. Invariavelmente os fatos desafiam conhecimentos interdisciplinares e apenas com apoio técnico também especializado é que o Ministério Público desempenhará satisfatoriamente suas funções. Frequentemente, são necessários os auxílios técnicos de engenheiros, biólogos, bioquímicos, assistentes sociais, psicólogos, sanitaristas, contadores etc., revelando que não é possível uma tutela adequada apenas com conhecimentos jurídicos. Evidentemente há restrições orçamentárias que impedem uma composição estrutural próxima ao ideal, mas isso não pode significar que tal realidade seja ignorada e não sejam tomadas as mínimas providências para adequar o Ministério Público a essa nova e irreversível realidade.

Especialização e formação de grupo de apoio técnico a seus membros são componentes imprescindíveis para a otimização da tutela coletiva pelo Ministério Público.

¹⁴⁶ O endereço eletrônico da associação é www.ampid.org.br.

¹⁴⁷ Essa atribuição concorrente já vem ocorrendo em alguns estados. Por exemplo: pode haver atribuição concorrente entre a promotoria do idoso e as promotorias criminais, no que se refere à investigação e atuação processual em tipos específicos; atribuição concorrente entre a promotoria da saúde ou da cidadania e a promotoria do idoso, em algumas matérias etc.

Apenas duas observações sobre a competência.

Em primeiro lugar, enquanto o Ministério Público vem se especializando cada vez mais na tutela coletiva, o Judiciário não parece se preocupar em criar varas especializadas em julgamentos de causas que envolvam direitos transindividuais. Parece-nos que, para uma maior efetividade da tutela dos direitos, também ao Judiciário caberia a especialização da competência.

Entretanto, não temos notícia da criação de nenhuma vara com competência exclusiva para matéria referente aos idosos¹⁴⁸.

A outra observação que deve ser feita é sobre o art. 80 do Estatuto do Idoso, que dispõe que o critério para fixação da competência para o julgamento das ações coletivas será o domicílio do idoso, sendo que a competência é absoluta. Tal regra discrepa do sistema processual coletivo, que prevê o local do dano como critério para a determinação da competência (art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública e art. 93 do Código do Consumidor).

A inovação do Estatuto do Idoso causa algumas perplexidades e não se mostra como a melhor alternativa para a tutela dos direitos dos idosos.

¹⁴⁸ No Rio de Janeiro, o Poder Judiciário encaminhou à Assembleia Legislativa, em 05/10/04, o Projeto de lei nº 2.089, que aglutina a competência para o julgamento de crianças, adolescentes e idosos em situação de risco e cria "varas da infância, da juventude e do idoso", que deu origem à Lei Estadual nº 4.504, de 11 de janeiro de 2005. O art. 2º da lei dispõe que "às Varas da Infância, da Juventude e do Idoso, e, onde houver, às Varas de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso, além das competências previstas no CODJERJ, competirá a fiscalização, orientação e apuração de irregularidades de instituições, organizações governamentais e não governamentais, abrigos, instituições de atendimento e congêneres, que lidem com o idoso, garantindo-lhe as medidas de proteção e atendimento prioritário previstas na Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, salvo aquelas cuja competência específica couber aos demais Juízos do Poder Judiciário Estadual, que garantirão prioridade absoluta ao idoso na forma do art. 71 da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003". Não nos parece ser este o caminho mais adequado, ao menos pelos seguintes motivos: 1) as varas de infância e juventude já possuem imenso volume de trabalho e agregar competência não contribuirá para a efetividade da prestação jurisdicional; 2) embora o Estatuto do Idoso tenha estrutura bastante semelhante à do Estatuto da Criança e do Adolescente, chega a ser intuitivo que cada um possui especificidade própria e necessita de tratamento diferenciado, não havendo nada que indique que o juiz de infância esteja mais apto para julgar causas envolvendo idosos em situação de riscos; 3) não se sabe como será respeitada a prioridade na tramitação dos processos, já que as crianças e adolescentes possuem a garantia constitucional da "absoluta prioridade" (art. 227). Conseqüentemente, a lei estadual torna letra morta o disposto no art. 71 Estatuto do Idoso, frustrando o mandamento legal sob o pretexto de cumpri-lo. Trata-se, a nosso ver, de medida injustificável e sem qualquer razoabilidade, que em nada contribuirá para a tutela dos direitos dos idosos e também das crianças e adolescentes. De todo modo, como não há nenhuma vinculação entre atribuição e competência, o Ministério Público pode amenizar tal equívoco ao criar promotorias especializadas, independentemente da postura do Judiciário nesse particular.

O local onde ocorreu (ou ocorreria) o dano foi o critério escolhido pelo sistema processual coletivo em razão das melhores condições para o julgamento da causa e acompanhamento pelo Ministério Público, inclusive facilitando a produção de provas.¹⁴⁹

Não desconhecemos que o critério do local do dano também enseja sérias controvérsias, como nas hipóteses de dano de alcance regional ou nacional, da ausência de seção de Justiça Federal no local do dano e de conexão, mas nos parece ainda ser a melhor regra.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

Como bem observou Flávio Luiz Yarshell, *“parece correto dizer que: a) nem sempre o domicílio do idoso será o valor mais relevante sob a ótica da ordem pública e b) nem sempre a imposição do foro do domicílio do idoso será a mais benéfica para ele próprio. [...] A interpretação que há de se ter do dispositivo legal, portanto, deve buscar a harmonia entre a) a preservação dos interesses do idoso, facilitando-lhe o acesso (e não o contrário!); b) o equilíbrio entre as partes no processo, não se podendo extrair da regra um tratamento discriminatório incompatível com a condição do idoso e c) a preservação de outros interesses relevantes para a ordem pública, que também sejam critérios determinantes da competência”*¹⁵².

8. O Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à justiça

No desenvolvimento dos itens antecedentes, procuramos encarecer a importância da defesa dos direitos transindividuais pelo Ministério Público como instrumento para o amplo acesso à justiça.

¹⁴⁹ Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 573/574.

¹⁵⁰ Exemplos de críticas ao critério do local do dano podem ser encontradas no estudo de Marcelo Abelha (ob. cit. p.120, nota 3).

¹⁵¹ O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América dispõe o seguinte: “Art. 9º. É competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária. Art. 30. Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais”.

¹⁵² “Competência no Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003)”. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 07/04/05.

Sem dúvida nenhuma a tutela coletiva dos direitos transindividuais é um desses mecanismos de otimização do acesso à justiça, mas a “novidade” vem encontrando a tradicional oposição, principalmente em relação à legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

A visão individualista do processo ainda é forte e, em uma espécie de miopia científica, impede a correta compreensão da nova realidade trazida pelo processo coletivo. Ovídio Baptista da Silva percebeu com acuidade a situação, ao afirmar que “a influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através das idéias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais torna-se imprestáveis”.¹⁵³

Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, “do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação”.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

¹⁵³ **Processo e Ideologia – o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56.

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 204. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, valendo-se dos dados dessa mesma pesquisa, afirma que “em não raros casos, ou o Parquet toma a iniciativa e propõe a ação coletiva, ou aquele grupo de pessoas verá seu direito perecer, pois não ostentam eles condições de ingressar com ações individuais, dada a complexidade da causa, e nem a sociedade civil está ainda organizada a ponto de assumir esta incumbência. Também por este aspecto [...] a posição restritiva dos Tribunais em matéria de legitimidade do Ministério Público para a tutela do direito individual homogêneo através da ação coletiva serve como obstáculo, às vezes intransponível, ao acesso à justiça, por mais paradoxal que isso possa parecer”. (Ob. cit. p. 235).

¹⁵⁵ Com propriedade, anota Celso Fernandes Campilongo que vem aumentando o fenômeno segundo o qual o Judiciário vem deixando de enfrentar a matéria de mérito em questões complexas, invariavelmente envolvendo direitos fundamentais, julgando-se quase tudo com “pretexto de natureza processual”, ensejando um “perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos” (“Direitos fundamentais e Poder Judiciário”. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 109).

Importantíssimas e fundamentais conclusões foram divulgadas em recente trabalho dos sociólogos Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, que, considerando o Ministério Público como *representante funcional dos interesses estratégicos da sociedade*, afirmaram que *"entre a sociedade e o Ministério Público, a relação não é tanto de assimetria e dependência da primeira vis-à-vis o segundo, e sim de interdependência, que, quanto mais se consolida, mais legitima os novos papéis do Ministério Público e destitui de sentido a perspectiva que os toma como polaridades, como instâncias contrapostas. Vista sob esse ângulo, a atual tendência da jurisprudência, de reconhecer como legítima a atuação do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos com repercussão social, favorece essa interdependência e contribui para consolidar sua condição de representante funcional. [...] No marco da instituição mais relevante da representação funcional, o Ministério Público, a pesquisa também pôs em evidência o fato de que essa agência, ao desempenhar suas funções constitucionais nas ações coletivas, não se tem comportado como expropriadora de papéis da sociedade. Verificou-se, ao contrário, uma consistente e emergente presença da sociedade nessas ações seja como autora de ações judiciais, seja na provocação do Ministério Público"*.¹⁵⁶

Vê-se, portanto, que a atuação do Ministério Público na defesa coletiva dos direitos é um importante componente na árdua tarefa de possibilitar o exercício do direito fundamental do acesso à justiça, sendo indevida qualquer limitação arbitrária no seu agir, sob pena de se estar limitando o próprio acesso à tutela adequada dos direitos.

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos pode significar um amesquinhamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça¹⁵⁷. Se é verdade

¹⁵⁶ "Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva". A Democracia e os Três Poderes no Brasil, coord. Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 445 e 484.

¹⁵⁷ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Barbosa Moreira, *"o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com*

que “a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais”¹⁵⁸, as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

A celebração dos vinte anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública é mais uma oportunidade para refletirmos sobre sua importância para o efetivo acesso à justiça e, ao mesmo tempo, sobre as graves tentativas de mutilação que vem sofrendo, a fim de que seu fundamental papel no ordenamento jurídico seja preservado. 📄

facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descrever da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência torna-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo” (“Efetividade do processo e técnica processual”. **Temas de Direito Processual** (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21).

¹⁵⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura de. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – o caso português**. 2ª ed. Porto: Centro de Estudos Judiciários/Afrontamento, 1996, p. 690.